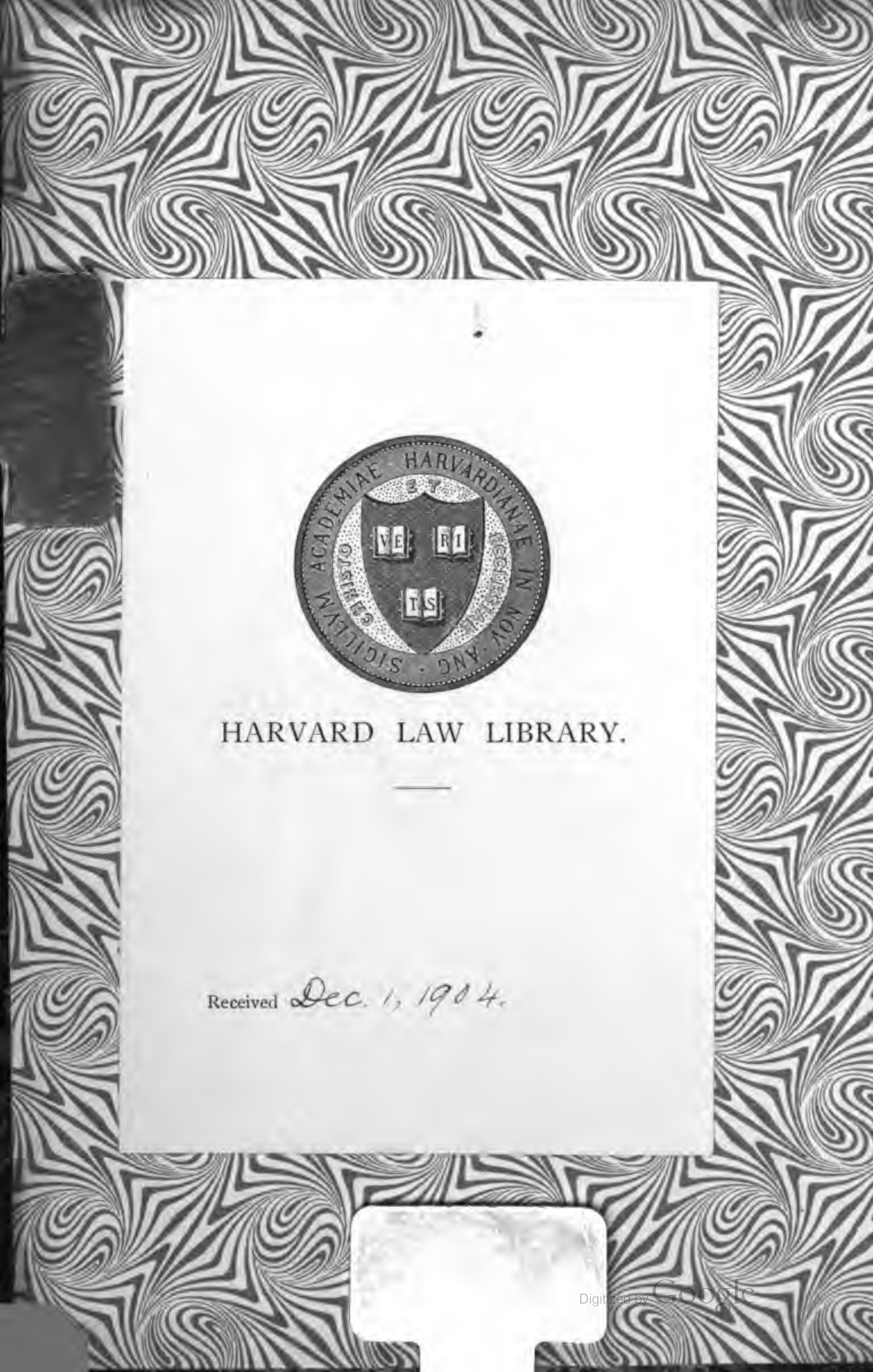

3 2044 074 038 126
HD


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Pfandrechtliche Forschungen

von

Dr. J. Kohler,
Professor in Würzburg.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1882.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit verfolgt den Zweck, die Auffassung des Pfandrechts zu vertiefen, verschiedenen pfandrechtlichen Fragen einen weiteren Hintergrund zu geben und insbesondere der Civilistik aus dem deutschen Rechte neue Nahrung zuzuführen. In dem deutschen Rechte schlummert eine Fülle fruchtbarer Keime, welche, in den Boden unserer Rechtsdogmatik eingelegt, reichliche Früchte versprechen. Naturgemäß können dieselben aber nur dann fruchtbringend sein, wenn sie mit der Wurzel erfaßt werden, wenn man zu den Principien aufsteigt und zu diesem Zwecke das Material in seiner vollen Fülle herbeizieht. Demgemäß habe ich versucht, insbesondere das Urkundenmaterial im weitesten Umfange zu verwerthen.

Anderseits haben eingehende und fortgesetzte romanistische Studien die Ueberzeugung von der Unrichtigkeit mancher Sätze in mir begründet, welche unter der Flagge des römischen Rechts mitgeführt zu werden pflegen, obgleich sie in den Quellen des römischen Rechts keinen Halt haben.

Die Resultate dieser Forschungen bietet das vorliegende Werk.

Die in der Beilage publicirten Urkunden stammen theils aus dem Münchner Reichsarchiv, theils aus dem Würzburger Kreisarchiv, und spreche ich den Beamten des hiesigen Kreis-

archivs, insbesondere Herrn Archivar Dr. Schäffler, für die Freundlichkeit, mit welcher sie mir an die Hand gegangen sind, meinen besten Dank aus.

Die Excurse und Annotationen am Schlusse verbreiten sich ausführlicher über manche Fragen, welche im Context der Schrift berührt wurden; sie sind ein integrirender Bestandtheil des Werkes und bitte ich, sie nicht zu übersehen.

Und so übergebe ich diese Schrift, die Frucht umfassender Studien, der Oeffentlichkeit in der Ueberzeugung, mit frischer Kraft und ernster Ausdauer an dem Werke gearbeitet zu haben, an dem wir alle arbeiten, an der Entwicklung unserer juristischen Wissenschaft, an der Fortbildung unserer juridischen Erkenntniß. —

Würzburg, November 1881.

Kohler.

Inhalt.

§. 1.
Pfandrecht mit Verpfändungsrecht.

In der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft des Code civil muß dem Civilisten die Institution des ameublissement indéterminé und seine Regelung durch das französische Gesetzbuch in a. 1506—1508 von besonderem Interesse sein. Für diejenigen, welchen das französische Recht ferner liegt, bemerke ich dabei, daß man unter ameublissements diejenigen Clauseln versteht, wornach Immobilien, welche bei der gesetzlichen Güterregelung außerhalb der Gemeinschaft bleiben würden, in die Gemeinschaft ganz oder theilweise eingeworfen und insofern den Mobilien gleichgestellt, mobilisirt werden. Die einschlagenden Bestimmungen sind folgende:

a. 1506. L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé. Il est déterminé quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il est indéterminé quand l'époux a simplement déclaré apporter en communauté ses immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

a. 1507. L'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés, biens de la communauté comme les meubles mêmes. — — — — — Si l'immeuble n'est ameubli que pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec

le consentement de la femme; mais il peut l'hypothéquer sans son consentement jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie.

a. 1508. L'ameublissement indéterminé ne rend point la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés; son effet se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti, à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme par lui promise. Le mari ne peut, comme en l'article précédent, aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublissement indéterminé; mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublissement.

Sehen wir hier ab von dem unnöthigen terminologischen Streite, ob man mit dem Ausdrucke ameublissement indéterminé nur den Fall bezeichnen soll, wo alle Liegenschaften, oder auch den, wo nur eine oder mehrere einzelne Liegenschaften bis zu einem bestimmten Werthbetrage in die Gemeinschaft inferirt werden, — einem höchst unnöthigen, nur durch die fehlerhafte Fassung des Gesetzes veranlaßten Streite, da die gleichen Rechtssätze für beide Fälle gelten, — so finden wir hier die interessante Erscheinung, daß der Ehegatte nicht die Liegenschaften selbst in die Gemeinschaft einlegt, sondern einen bestimmten Werthbetrag in dieselbe einbringt, wobei er aber diesen Werthbetrag auf sein liegenschaftliches Vermögen anweist. Diese Erscheinung nimmt insbesondere dann eine höchst interessante Gestalt an, wenn es die Ehefrau ist, welche der vom Ehemanne regierten Gemeinschaft dieses Einbringen bietet; denn hier soll der Ehemann als Herr der Gemeinschaft berechtigt sein, die angewiesenen Liegenschaften — zwar nicht zu veräußern —, wohl aber bis zum Betrage der zugesicherten Summe zu verpfänden; er

hat kein Veräußerungs-, wohl aber ein Verpfändungsrecht. Welcher Natur aber diese Verpfändungsbefugniß sei, darüber suchen wir bei den Autoren des französischen Rechts vergeblich nach einer befriedigenden Auskunft. Denn mit der Erklärung, daß eine solche Befugniß bestehe, ist nur eine Description gegeben, welche die Postulate der Wissenschaft nicht zufriedenstellen kann, in der Jurisprudenz ebensowenig, wie in der Botanik oder in der Zoologie. Die tiefere Wissenschaft beginnt erst mit der Charakteristik des Baues der einzelnen Species, mit der Darlegung der Elemente derselben und ihrer Funktionskraft, und mit der Einordnung in das System nach Maßgabe der gegebenen Charakteristik, mit dem Nachweise, welche Stelle die Einzelerscheinung in der Ordnung der Gesammtheit einnimmt [1]).

1) Rodière et Pont, traité du contrat de mariage III nr. 1406 fg., nehmen für den Fall, daß eine einzelne Liegenschaft bis zu einem bestimmten Betrag mobilisirt wird, Miteigenthum zwischen der Gemeinschaft und dem Sondergute an nach Maßgabe der Werthverhältnisse, wobei aber die Miteigenthumsquote der Gemeinschaft stets auf den bestimmten Werthbetrag fixirt bliebe und daher einen größeren oder geringeren Bruchtheil des Ganzen ausmachte, je nachdem der Werth des Grundstücks steigt oder fällt! Vgl. insbesondere nr. 1410. 1411. Bezüglich des anderen Falles, wo die Gesammtheit der Liegenschaften bis zu der betreffenden Summe mobilisirt ist, bemerken dieselben nr. 1415: créant ainsi, en faveur du mari ou de la communauté, moins qu'un droit de propriété, puisque le mari ne peut pas vendre, mais plus qu'un droit de créance, puisque le mari peut hypothéquer, le législateur a offert à la communauté un moyen assuré d'arriver, par l'hypothèque, à se procurer immédiatement, en cas de besoin, les sommes jusqu'à concurrence desquelles l'ameublissement a été établi. — Laurent, principes de droit civil français XXIII nr. 267 fg., welcher den ersten Fall ebenso behandelt, und dabei nr. 268 bemerkt: Il résulte de la différence que la loi fait entre la vente et l'hypothèque une anomalie juridique. En principe, pour avoir le droit d'hypothéquer, il faut avoir le droit d'aliéner; le mari a le droit d'hypothèquer, bien qu'il n'ait pas le droit d'aliéner (!) — sagt von dem zweiten Falle nr. 278: Il y a ici une dérogation aux principes qu'il est impossible de justifier sur le terrain de la doctrine. — — La seule raison que l'on puisse donner de

Fragen wir aber nach der inneren Natur dieses Verpfändungsrechtes und abstrahiren wir dabei von dem hier unerheblichen Problem, ob die eheliche Gütergemeinschaft als s. g. juristische Person, als ein Zweckvermögen unter Leitung des Ehemannes, oder als eine Communio, als ein Miteigenthum mit vorwaltendem rechtlichem Einflusse des männlichen Theiles, oder als Gesammteigenthum oder sonst wie zu konstruiren sei [1]), so sind es zwei Antworten, welche uns die juristische Konstruktion entgegenbringt: entweder ist das Verpfändungsrecht eine dem Ehemanne gewährte Ausübung der Eigenthumsrechte der Ehefrau an ihrem Sondergut, mithin die stellvertretende Ausübung eines fremden Rechtes — oder es ist ein der Gemeinschaft zustehendes, durch den Ehemann auszuübendes, eigenartiges jus in re aliena am Frauensondergut. Die erste Konstruktion ist unzureichend; sie würde zu der Konsequenz führen, daß, wenn ohne Mitwirkung des Ehemannes ein gesetzliches oder gerichtliches Pfandrecht oder eine gesetzliche Eigenthumsentziehung bezüglich des Sondergutes der Ehefrau eintritt, die Verpfändungsbefugniß des Ehemannes zurückstehen müßte — denn, wie das gesetzliche Pfandrecht, wie der gesetzliche Eigenthumsverlust den Eigenthümer trifft, so muß er auch denjenigen treffen, welcher das Recht des Eigenthümers stellvertretender Weise ausführt. Eine solche prekäre Stellung der Gemeinschaft ist aber der Tendenz des Gesetzes widersprechend, welches ja auch das ordentliche Genußrecht der Gemeinschaft am Sondergute nicht als eine stellvertretende Ausübung des eheweiblichen Eigenthumes, sondern

---

cette anomalie, c'est que telle est la volonté des parties contractantes. — L'explication n'est pas une justification; au point de vue des principes, la disposition reste une anomalie (!!). Näher kommen dem Richtigen Zachariä §. 524, Marcadé, Explication du Code Napol. ad a. 1506 fg. nr. VI (t. V p. 684), und gegen Rodière et Pont ib. nr. III (p. 676 fg.).

1) Vergl. neuestens die in Manchem zutreffenden Bemerkungen von Rödenbeck in den theologischen Studien und Kritiken von 1881 S. 249 fg.

als selbstständiges jus in re gestaltet und es jeder Schmälerung, jeder Belastung entzogen hat, die nicht mit eheherrlicher Einwilligung entstanden ist.

Es bleibt daher nur die zweite Konstruktion übrig: das Verpfändungsrecht ist ein der Gemeinschaft gegen das Sondergut zustehendes dingliches Recht, ein Recht, welches dazu bestimmt ist, der Gemeinschaft ein unantastbares Ausbeutungsrecht zur Erzielung eines Geldresultates zu gewähren — mit andern Worten, es ist ein Pfandrecht, welches aber nicht wie gewöhnlich die Befugniß gewährt, das Pfand zu verkaufen, wohl aber die Befugniß, das Pfandobjekt zu verpfänden und mit dieser Verpfändung ein reguläres, mit Verkaufsbefugniß ausgestattetes Pfandrecht an demselben zu begründen [1]). Sofort stellt sich dieses unvollkommene Pfandrecht neben jene römische Varietät des Pfandrechts, bei welcher der Pfandgläubiger sein Pfandrecht nur durch Konstituirung eines Usufrukts oder einer Prädialservitut am Pfandobjekte auszuüben und nur durch solche Rechtsbegründung das Pfandobjekt auszubeuten berechtigt ist: die Bestellung eines Pfandrechts ist in unserem Falle die geldbringende, zur Tilgung der Forderung führende Operation, welche dem Gläubiger gestattet ist, ebenso wie in jenen römischen Fällen die Bestellung der Servitut: die Verpfändung verschafft dem Gläubiger die Möglichkeit der Kapitalanleihe und sie verschafft ihm die Möglichkeit der Tilgung derselben durch Ueberlassung des Pfandes an den Darleiher zur Distraktion, falls es nicht vorher vom Eigenthümer eingelöst wird.

---

1) Außerdem ist es ein selbstständiges Pfandrecht, ein Pfandrecht, welches nicht die Accession eines Forderungsrechtes bildet, es ist ein Werthrecht für sich; denn, geht die Liegenschaft, auf welche die Gemeinschaft angewiesen ist, unter, so steht der Gemeinschaft kein weiterer Anspruch gegen den Ehegatten zu; mit dem Untergang der Sache ist derselbe frei und ledig, Rodière et Pont l. c. III nr. 1418. Darauf ist hier nicht näher einzugehen, da das selbstständige Werthrecht später seine Erörterung finden wird.

Der Fall des Code civil ist nun aber nicht der einzige, welchen die Geschichte des Pfandrechts aufweist; denn dieselbe Varietät des Pfandes bietet uns das deutsche Vollstreckungswesen dar. Nach dem Sachsenspiegel ist das Exekutionspfand zu verwerthen durch utsetten oder durch verkopen, und zu dem zweiten Mittel soll regelmäßig erst geschritten werden, wenn sich das erste als unpraktikabel erweist. Sachsenspiegel I 53 §. 3: Sve gewedde unde bute nicht ne gift to rechten dagen, de vrone bode sal en dar vore panden unde sal it to hand utsetten oder verkopen —, I 70 §. 2: So sal man dat pant vor de scult utsetten, oder verkopen, of man't dar vore nicht gesetten ne mach. Vgl. hierzu Meibom, das deutsche Pfandrecht S. 91 fg., Planck, deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter II S. 252.

Ebenso das Rechtsbuch nach Distinktionen III 14 d. 1: Wel her is denne nicht loszen, so vorseczte her is vor sin gelt, ob er mac; kan her is nicht vorseccze, so mag her is vorkouffe. Aehnlich I 15 d. 1 bezüglich des Konventionalpfandes: Wurden ouch phand dovor gesaczt an erben adder an andern guten, man mag es wol vorsecczen vor dy phenge, ab man es zcu rechten tagen nicht loset. — — unde kan man sy nicht vorsecczen, man sal es mit richtes orteylin vorkouffen. So auch bezüglich des Konventionalpfandes das Rechtsbuch Purgoldt's VII 47 (Ed. Ortloff S. 219): Wil her sy dan nicht losen, so sal her sy vorsetzen und wise in dan darnach, wem ader wohen her sye vorsatzt habe — —.

So ferner das Kaiserrecht I 26: Wer phant oder gut hat inne, daz im mit gerichte worden ist, der sal sie nit ummer halden; er sal sie vor die schulde virsetzin, ab er mag — — mag er sie nit virsetzin, so sal er sie verkeuffen. Vgl. auch Deutschspiegel c. 92: daz (Pfand) sol man wol behalten acht tage unverchauffet und unversetzet, und

Schwabenspiegel c. 66 (Ed. Gengler): Swer buze noch gewette niht git ze rehten tagen, der fronbote sol in phenden, und sol ez zehant versezen oder verkoufen, ob er ein gast ist, dem die phenninge da hörent. Und ist er niht ein gast, man sol daz phant behalten siben tage. Der ez danne niht löset, so sol man ez verkoufen oder versezen.

Aehnlich die Magdeburger Schöffensprüche; so Magdeburger Syst. Schöffenrecht III 2 c. 75 [1]) (= Culm III 105): Irset eyn man uf den andirn alle syne tage als recht ist umme gelt und man ym pfandis dorumme hilfit czu erbe adir czu varnder habe, der en darf des pfandis vorbas me nicht uf byten, zundir man sal ym dirloubin von gerichtis halbin, daz hers vorkoufe adir vorsecze vor syne pfennynge und vor redeliche kost. Aehnlich ebenda IV 2 c. 83 (Laband S. 178): Nach dem mole das der man das erbe mit rechte irvordirt hatte und doryn gewyst were, zo mak her das vorkeufin adir vorseczen vor seyne vorsessene czinse. Und Magdeburger Fragen II 2 d. 16 (Ed. Behrend S. 165): wil her deme cleger seczen erbe unde eygen bynnen deme gerichte so gut, als das gelt ist, das musz der cleger nemen und halden so lange czit, als das mit orteilen vor gerichte getedinget wirt adir mit willen gesaczt wirt. Wenne dy cziet vorgangen ist, so mag her das erbe vorkouffen adir vorseczen vor syn gelt. Ebenso sagt auch die Blume von Magdeburg II 2 c. 131 lozit er sy nicht, derr mag sy vorkoufin und vorseczin, II 2 c. 208 lozit er sein nicht, er may iz vorseczin odir vorkouffin vor sein gelt, II c. 213 er vorseczt iz vor dy schulde (Ed. Böhlau p. 127, 138, 139).

---

1) Ed. Laband S. 99.

Denselben Satz weisen auch viele Stadtrechte auf; so vor allem und in außerordentlich belehrender Weise das von Schuster edirte Wiener Stadtrechts- und Weichbildbuch; so a. 4 (Schuster S. 48): Hab er dann nicht ze lösen, so bechome der chlager sein gutes da von ze juden oder ze christen mit versetzen oder mit verchaufen mit der gewissen; a. 38 (Schuster S. 63): Geit im der inman (d. i. Miethsmann) darnach seinen zins nicht, so sol er (sc. der Miethsherr, welcher wegen Nichtzahlung gepfändet hat) daz phant setzen mit einer gewizzen hintz den juden umb denselben zins; a. 46 (Schuster S. 65): so schol der richter den arm leuten (sc. den unbezahlten Taglöhnern) einen poten geben, und sol den haizzen phenden, dem seu des tags gewaricht habent, und schol — — des richter pot daz selb phant setzen hintz den juden, und sol darauf nemen der leut lon; ähnlich a. 139 a. E. (Schuster S. 128), und bezüglich des Vertragspfandes a. 138 (ib. S. 126): mit verchaufen und mit versetzen.

Ebenso das höchst interessante altprager Rechtsbuch, a. 13 bei Rößler, deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren I S. 106: Ob ymant dem andern schuldig ist und hat im nicht zu gelden, denne mit seinem erb und ob er im das selb erb vor sezet vor gerichte umb dye selbe schuld, so sol iz zu pfande haben iar und tag (sodann dreimaliges Aufbieten, sodann soll) is der richter vor etlichen scheppfen disem ledicleychen antwurten; das er is vorsetzen und vorkauffen muge und seines geldes doran bekomen.

Ebenso das Bamberger Stadtrecht aus dem 14. Jahrhundert bei Zöpfl, das alte Bamberger Recht, §. 291: So mag der, des der zinss ist, die — — pfanndt hinnach verkummern und versetzen zu cristen und zu Juden mit gewissen wo

er will; und wo sie hin gesetzt werden, da soll sie der losen, des die pfanndt sein, umb haubtgut und umb scheden — — und §. 293 bezüglich der Immobilien, so mag der, dem es geantwort ist, mit gewissen verkauffen oder verkumern (Zöpfl, a. a. O. Urkundenbuch S. 84, vgl. auch dessen Darstellung a. a. O. S. 220 fg.).

Aehnlich der Frankfurter Baculus judicii aus dem 14. Jahrhundert (Thomas, Oberhof zu Frankfurt am Main S. 236) a. 35 und 36. Es ist hier von Pfändung für ausstehende Renten die Rede und heißt, a. 36: Ist es (das Gepfändete) farndehabe, so machtu sie versetzen oder verkeuffen übernacht, du mochtest sie auch dem zum besten ein zyt hinder dir behaldem. Der versatz oder verkauff sal sin, daz die pande in XIV tagen versteen, obe die nit entschudt wurden, und verkunde den daz mit dem egenanten richter, die pande zu entschuden (auszulösen). — — Ebenso in der Frankfurter Schöffengerichtsordnung a. 13 und 14 (bei Thomas a. a. O. S. 273 fg.), sowohl bezüglich der vertragsmäßigen als bezüglich der gerichtlichen Pfänder: a. 13. Auch wer farnde habe vur schult versetzen sal oder wil, daz sal gescheen vor eime werntlichen Richter — — und wann der sins geldes nit lenger enberen wil, So sal er die farnden habe vor dem Schultheissen an des Richs gericht uffbieten — — dan mag er daz versetzen oder virkeuffen vur die schult oder darunder und nit daruber. — — a. 14. Auch wem phande von gerichts wegen gegeben werden vur sin erclagete schult, der sal damyde umbgeen zu versetzen oder zu virkeuffen. — — So auch das Stadtrecht von Arnstadt von 1543 (Michelsen, Rechtsdenkmale aus Thüringen S. 92) c. 167 §. 18: — — und ime helffen lassen pfanden — — wue er (der Schuldner) sie in der benanten zeit nit lösen wurde, und sie der (Gläubiger) ime auch nit lenger

zugut halden wolle, mag er die vor seine schult versetzen oder verkeuffen, in viertzehen tagen wider zulösen — —. §. 18. Weren aber die pfant erbe oder gueter, die soll er auffbieth vor gericht — — dornach mag er die pfant versetzenn oder verkeuffenn — —. Mit dem obigen hängt auch die Bestimmung so mancher Stadtrechte zusammen, wornach der Handwerker sein Retentionsrecht an der bearbeiteten Sache für seinen Lohn dadurch ausüben kann, daß er die Sache an einen Dritten verpfändet; das Retentionsrecht hat insofern die Allüren des Pfandrechts angenommen; so Hamburger Recht von 1270 VII 6 (auch bei Hach, lübisch. Recht III 311 p. 493): So we syn gud deyt eyneme amptmanne to makende de ammetman ne mach dat gud nicht hoghere vorsetten den vor syn lon; so Münchner Stadtrecht a. 348 (Auer p. 135): Es sol chain hantwerchsman daz werk, daz im ze würken ist geben, nicht teurer versetzen noch verschümern nicht anders, dann umb als vil, als sein lon ist, des er dannoch nicht ein hat genomen; so Purgoldt's Rechtsbuch VIII 69. Andere Belege bei Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 82, Stobbe in Goldschm. Z. XI S. 404 und deutsches Privatrecht II S. 644.

Nicht nur deutsche, sondern auch französische Stadtrechte, südliche Coutumes älterer Zeiten weisen diese Bestimmung auf, bald bezüglich des Exekutions-, bald bezüglich des Konventionalpfandes. So die statuta curiae Aquensis (bei Giraud, Essai sur l'histoire du droit français II p. 22): Curia — teneatur expectare illos qui dederunt pignora per XXX dies — — elapso — illo spacio possit ea distrahere vel obligare, prout voluerit et usque ad quantitatem justiciae debitae (der geschuldeten Gerichtsgebühr), ille cujus erunt pignora. Aehnliches findet sich in den privilèges municipaux von Apt (in der Provence) a. 109 (bei Giraud a. a. O.

p. 173): que li clavari, bannies o autres ufficials de la cort que an gages dels ciutadans non los ausan vendre ni allons engajar, si non que premieramens fassan cridar, que tota persona que aurie gages a la cort los deya resemer denfra des jors — —. Und in der schiedsgerichtlichen Entscheidung zwischen den domini de Symiana und den Consules der Gemeinde Apt (Giraud II p. 139) liest man folgendes: si contigerit venire Dominos in civitate Aptensi, quod illi qui habent victualia venalia teneantur recipere pignora sua et sociorum suorum sufficientia et dicti domini teneantur ea pignora redimendi usque ad mensem. Elapso vero mense, — — dicti creditores possint predicta pignora obligare seu distrahere et pretium suum recuperare — also das „Tavernenrecht", wie es sich in so vielen deutschen Weisthümern findet.

Gehen wir nämlich auf die bäuerlichen Rechtsquellen über, so bieten uns die Weisthümer eine Ueberfülle von Belegen für die gleiche Behandlung des Exekutiv-, und auch des Konventionalpfandes. So ein Weisthum von Rauris (in Siegel und Tomaschek, die Salzburgischen Taidinge S. 212), welches den Verkauf des Pfandes an erster Stelle geradezu ausschließt: Wo ainer sein pfand so lang nit lössen wolt, daz der, dem daz pfand versetzt ist, seines gelts nit lenger geraten möcht und daz pfand weiter versetzen muest, daz sol er dem andern ansagen und wann der daz nit zu lössen hat, so soll er daz doch nit höcher versetzen als umb sein schult, aber verkaufen soll ers nit — —; im Folgenden ist aber ein Verfahren gegeben, um sich das Pfand gegen Abschätzung überweisen zu lassen.

In einem Dingrodel von Zarten von 1397 (Grimm, Weisthümer I S. 342) ist bestimmt, daß das Pfand versetzt werden soll, wenn es mit Rücksicht auf den höhern Werth des

Pfandes als entsprechend erscheint: Der sü in der frist (nämlich 14 Tage) nit enlöset, so sol der meiger dem vogt wider antwurten die pfant und sol in su lassen füren, was er wil. Sint die pfant als guot, daz man sü umb daz guot versetzen mag, das sol der vogt tuon, und sol es dem künden, des sü sint. Sint sü aber böser, so sol er sü verkouffen — —. Auch hier bieten die Weisthümer Züge eines sinnigen Humors, welcher sie zugleich zu Denkmälern naivster Volkspoesie stempelt; so ein elsässisches Weisthum, von Mülbach (Grimm, Weisthümer I S. 697): und so die förster kommen zu Rottave an den bach, so sol unser förster die andern zwen förster tragen uber den bach, und sullen dieselben förster dem unsern schenken ein halb viertel weins. tunt sie das nit, so soll unser förster den andern zwein förstern eim den rechten schuch und dem andern den linken schuch abziehen, und soll sie versetzen fur ein halb viertel weins. — — später: so sollen sie nemen uss jedem flees das beste holz und sollen das versetzen also hoch als sie megen. Ebenso ist in andern Weisthümern nur vom Versetzen des Pfandes die Rede, so in dem Weisthum zu Lauterbach aus dem 14. Jahrhundert (Grimm, Weisth. III S. 363): Auch sal der foite phenden — — und sal das phant nirn versetzen, wan in dem gericht in myns herren stat — ferner: er ensehe denn einen fremden mann drynen hauwen, den sal er phenden, und das phant versetzen. Ebenso ist in einem pfälzer Weisthum aus dem 15. Jahrhundert, Weisthum der sieben Dörfer um Alzey (Grimm, Weisth. IV S. 624), gesagt: — — mag er (nämlich der faut) das pant vorsetzen under juden oder cristen. Aehnlich in einem Fuldaischen Fischerrechte (Grimm, Weisth. III S. 881): hetten auch sy der phenninge nicht, so solde man phfant von en nemen, unde die mochten dy foite adder ir diener vorsetczen ab sie luste — —. In vielen Weisthümern fin-

det sich der für die damalige Naturalwirthschaft bezeichnende Satz, daß der Wirth nicht nur gegen Geld, sondern auch gegen Pfänder (ausgenommen blutige und nasse Pfänder) Wein auszuschenken hat, nur daß die Pfänder um Einiges (gewöhnlich ⅓) die Weinschuld übersteigen müssen: es ist dies durchgehends deutsches „Tavernenrecht", von welchem ich bereits in Jherings Jahrb. XVII S. 303 mehrfache Belege beigebracht habe. Ueber die Behandlung dieser Pfänder besagt ein Weisthum von Bassersdorf (bei Zürich) um das Jahr 1400 (Grimm, Weisth. IV S. 282), daß der Wirth dieselben behalten soll, „untz das selb vasz usz kumpt", sodann soll er den Schuldner an die Lösung mahnen; bleibt dies ohne Erfolg, so mag er die pfand versetzen an sin schuld, und sol daz dem schuldner verkünden, das ers da loese ob er woelle, an den stetten, da ers hin versetzt hat —. Ebenso soll der Bäcker (Pfister), der gegen Pfand Brod gegeben hat, zuwarten, bis „die beck vertriben wirt" und darauf in gleicher Weise verfahren.

Aehnlich wird in Urkunden, in welchen von der Verpfändung von Gülten, Beden u. s. w. die Rede ist, vielfach dem Pfandgläubiger das Recht miteingeräumt, im Fall des Nichteinganges der Hebungen bei dem Drittschuldner, dem Gültenpflichtigen, zu pfänden und die Pfänder zu versetzen; so in einer Meklenburger Urkunde v. 1349, Meklenburger Urkundenbuch X nr. 6934 p. 256: dictas precarias de dictis villis pignoraticie extorquendas et dicta pignora ad civitates Malchin et Brandenborch ducendas ad Judeos sub usuris; ähnlich in einer Schlesischen Urk. v. 1446, Cod. dipl. Silesiae IV (Dorf Schönbrunn) nr. 15 p. 304.

In mehreren Weisthümern wird das Versetzen und das Verkaufen ununterschiedlich neben einander genannt, so daß hiernach dem Gläubiger die freie Wahl zwischen beiden Prozeduren offensteht. So in einem niedersächsischen Weisthum von Lauenstein (Grimm, Weisth. IV S. 653): Der gleubiger und

cleger sollen sie (die Pfänder) für gericht einfordern und hernachmals das ire davon suchen, dieselben versetzen und verkauffen; so in einem anderen niedersächsischen Weisthum von Beber v. 1572 §. 36 (Grimm, Weisth. IV S. 667): D(arup) e(rkant), san schölt dei pande verkoft oder höher versettet weren (wenn sie nämlich nicht eingelöst worden sind). Ebenso ein Weisthum von Altenhaslau in der Wetterau von 1461 (Grimm, Weisth. III S. 416): Auch wäre es sache, dass sie ausmerker fünden — — mögen sie pfanden und das pfand mit ihnen heimführen — da bey mögen sie reiten oder gehen, dieselbe pfand versetzen, verkaufen — —. Und so auch ein Tiroler Weisthum von Wisnig (Grimm, Weisth. III S. 724): so hat meiner frauwen kamrer — vollen gewalt — — die pfand ze versetzen und verkaufen — —. Eigenartig ist ein fränkisches Weisthum von Eberbessenbach (Grimm, Weisthümer VI S. 92) §. 2, wornach gerade umgekehrt zuerst der Verkauf des Pfandes versucht werden soll: konnen sie das nit verkeufen, so sollen alsdann die hern — das pfand schicken under die nehsten Juden die sie finden, und sal solch pfant versetzen fur sinen uszstend weisz [1]).

Als Zeugniß der praktischen Rechtsübung ist endlich noch der Entwurf einer Kammergerichtsordnung von 1516 (bei Kühns, Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg II S. 493 494) zu erwähnen, welcher bezüglich der Exekution bestimmt: „also denn sollen Cammer Richter und Beisitzer dem Kläger solche fahrende Habe oder liegend Grundt für seine zuerkannte Schuldt geben und zueigen dieselben zu verkauffen oder zu verpfänden umb sein erlangtes Recht Macht haben den Beklagten hinnach weisen oder die Ubermass heraus zu geben nach des Guths Gelegenheit — —.

1) Weizen.

Nicht unerwähnt soll indessen bleiben, daß eine Unzahl von Weisthümern nur noch das Verkaufsrecht statuirt, insbesondere wo es sich um Geltendmachung der gutsherrlichen Rechte handelt; so die Hofrödel bei Basel, welche von Burkhard, Hofrödel von Dinghöfen Baselischer Gotteshäuser (1860), veröffentlicht worden sind, so Biel-Benken a. 20 (Burkhard S. 61), Niederspechbach a. 25 (ib. S. 92), Käzingen a. 22 (ib. S. 111), St. Alban a. 24 (ib. S. 135), Obermichelbach a. 26 (ib. S. 176), Entschingen a. 9 (ib. S. 180), Bernhardsweiler a. 15 (ib. S. 184). Ebenso das Recht von Feldkirch v. 1399 tit. 123 in der Zeitschr. f. Geschichte des Oberrheins XXI S. 162. Ebenso ferner das Twingbuch von Dietwiel v. 1530 §. 44. 45 in Rochholz, Aargauer Weisthümer 1877 S. 117. Aehnlich eine große Reihe von Weisthümern, welche in Hardt, Luxemburger Weisthümer als Nachlese zu Jakob Grimm's Weisthümern (1870), publicirt sind; z. B. Arlon a. 34 (Hardt S. 26), Berburg a. 13 (ib. S. 81), Eich a. 30 (ib. S. 206), Fels a. 46 und 53 (ib. S. 260. 262), Grevenmacher a. 41 (ib. S. 305), Ivoix a. 23 (ib. S. 377), wo die Pfänder bald distrahirt bald nach erfolgter Schätzung dem Gläubiger zugewiesen werden; und so viele andere. In einem Brünner Schöffenurtheil nr. 566 (Rößler, Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren II S. 263) wird für einen besondern Fall die Versetzung des Pfandes ausgeschlossen: Hospes — — non ducet extra civitatem (nämlich das Pfand), sed in judicio civitatis vendet, nec obligabit sub usura, nisi de licentia civis.

Häufig findet sich bei vertragsmäßigen Pfandbestellungen die Vereinbarung, daß sich der Gläubiger durch Versetzung des Pfandes befriedigen könne; so mehrere Einträge im Malchiner Stadtbuch v. 1331. 1332 (Meklenburger Urkundenbuch VIII nr. 5273 p. 236. 237): obligavit domum suam — pro 56

marcis — — ultra ad annum redimendum. Quod si non faceret, ex tunc Judeis ac alibi, ubi denarios suos habere poterit, obligabit. Ebenso ein anderer Eintrag: quam si non redimerent dicto termino — — dictum agrum, ubi (denarios suos) tollere poterint, obligabunt. Ebenso: si non redemerint, tunc ipse (der Gläubiger) — — Judeis ac alias, ubi (denarios) suos habere poterint, obligabunt (nämlich das verpfändete Haus). So eine Urkunde v. 1298 bei Meichelbeck, Historia Frisingensis II 2 nr. 206 p. 132: der Pfandgläubiger soll die Sache versetzen dürfen, wenn er vorher 3 Monate vergebens die Einlösung angesagt hat: Ist aber, daz wir — in den vorgenant dreyen Manod die Burch und gült niht erloesen mugen, so sol unser Herre Bischof — die Burch — — versetzen inner landes mit unsern guten willen — swenn er wil. Dieses ist insbesondere außerordentlich häufig in öſtereichischen Satzungsurkunden, welche dem Pfandgläubiger ein Nutzpfand, eine sg. ältere Satzung gewähren, aber ihm dabei das Recht der Verpfändung oder auch Veräußerung einräumen; so in Urk. v. 1311, Urkundenbuch des Landes ob der Enns V 44 p. 43: Dar uber gib ich in daz urlaub, ob in sein not geschicht, daz si di vorgenanten heof mit meinem guten willen, swo ich sei, sezzen, wenn si mugen oder wellen — —, in Urk. v. 1321 ib. V 308 p. 294: so schol er sein bechomen von dem vorgenanten satz, swie er mag, mit verseczen oder mit verchauffen —, in Urk. v. 1335 ib. VI 168 p. 176: so hat Peter — vollen gewalt den weingarten ze verchoffen oder versetzen —, in Urk. v. 1347 ib. VII 35 p. 33: so schullen si di vorgenanten vest und auch di gult versetzzen umb 400 phunt und 30 phunt — — als vil ez in von uns stat — —, in Urk. v. 1349 ib. VII 107 p. 106: nach den selben vier jaren wanne si di pfenning danne nicht lenger geraten wellent noch enpern, daz

sullen si uns — chunt tun und ist daz wir — niht gelosen mugen noch wellen, so sullen si — der vorgeschrieben sechzehen phunt — von den selben akchern bechomen — ez sei mit versetzen oder mit verchauffen —, ähnlich in Urk. v. 1355 ib. VII 404 p. 416, 1357 ib. VII 477 p. 485, 1357 VII 482 p. 489. In einer östreichischen Urkunde v. 1339 ib. VI 288 p. 291 wird sogar ein verpfändetes Gut, ein „Satz", in dieser Weise in Afterpfand gegeben, so daß die Afterpfandgläubiger sullen in danne versetzen, swem si wellen, umb alz vil phenning, als er in von mir stet — der Afterpfandgläubiger bestellt also in der Person des Erwerbers ein Afterpfandrecht, das, wie ehemals das seine, unter dem ersten Pfandrechte steht.

Daß in diesen Urkunden von einem Versetzen und Verkaufen der Sache selbst, nicht bloß von einem Versetzen und Verkaufen der Satzung die Rede ist, beweist einmal die Analogie des Wiener Weichbildrechts, sodann der Tenor der Urkunden, namentlich die so häufig wiederkehrende Bestimmung, daß die Sache um soviel Geld weiter verpfändet werden soll, als die erste Verpfändung beträgt [1]). Diese Bestimmung wäre ungerechtfertigt, wenn hier von Afterverpfändung die Rede wäre. Bei der Afterverpfändung zu Nutzpfand kann, namentlich wenn die Einlösung auf längere Zeit verschoben ist, eine Verpfändung zu viel höherem Geldbetrag möglich und angezeigt sein, vorbehaltlich natürlich des ursprünglichen Einlösungsrechts; jedenfalls ist eine Uebereinstimmung der Pfand- und Afterpfandsumme keine juristische Nothwendigkeit. Dagegen erklärt sich die Bestimmung, daß die Verpfändung nur bis zur gleichen Summe geschehen soll, aufs beste, wenn von einer Ausübung des alten Pfandrechts durch Begründung eines neuen die Rede ist; denn

1) Z. B. auch Urk. v. 1537 im Cod. dipl. Silesiae IV nr. 160 p. 38: nicht höher dann um die ausgezahlte Summe.

der Pfandgläubiger kann das neue Pfand, welches er unter Ausübung seines alten Pfandrechts begründet, nicht auf eine höhere Summe stellen, als sein altes, ohne die Gränzen seines Pfandrechts zu überschreiten und die Rechte des Verpfänders zu schmälern: das neue Pfand ist nicht, wie das Afterpfand, in das alte hineingeschachtelt, und folgeweise von den Schicksalen des alten abhängig, sondern es ist ein neues selbstständiges, von dem frühern Pfandrechte unabhängiges Pfand, welches den ersten Verpfänder direkt berührt. Auch wird unsere Auffassung durch die häufig wiederkehrende Bestimmung nahegelegt, daß ein solches „Versetzen oder Verkaufen" erst geschehen solle, wenn die Einlösung nicht in der oder jener Frist erfolge; was sich wenig erklärt, wenn es sich um Afterpfand oder um Veräußerung des Pfandgenusses handelt, vortrefflich aber, wenn ein Consummationsakt, ein Beendigungsakt des Pfandes durch distraktionsweise Begründung eines neuen in Frage steht. Hierher gehört auch eine Berliner Urkunde von 1369, Voigt, Urkundenbuch zur Berliner Chronik nr. 162 p. 169, wo es heißt: sullen sie des macht haben, daz sie dieselben vesten umb er ghelt unde schaden, den sie daruff haben, vorsetzen mūghen eynen unsern manne, weme sie wöllen unde ir ghelt damite wedder losen. Uebrigens zeigen diese Urkunden zugleich, daß es unrichtig ist, wenn man behauptet, daß in Verträgen über die ältere Satzung niemals ein Distraktionsrecht des Gläubigers begründet wurde.

Betrachten wir nun die juristische Gestaltung, welche eintritt, wenn der Gläubiger in Ausübung seines eigenartigen Pfandrechts ein reguläres Pfandrecht in der Person des Erwerbers begründet [1]): das Pfandrecht des creditor primus ist

1) Vergl. darüber namentlich Stobbe, Goldschmidts Zeitschrift XI S. 404, welcher annimmt: „Der Dritte erwirbt nicht bloß das Pfandobjekt, sondern auch die Forderung, welche er aber nicht gegen seinen Verpfänder, sondern nur gegen den ursprünglichen Schuldner verfolgen kann.

damit konsumirt und erledigt, die Sache kann nicht mehr durch Zahlung an denselben eingelöst werden. Dagegen ist jetzt ein Pfandrecht des creditor secundus entstanden für dasjenige Darlehen, um welches ihm die Sache von dem creditor primus zu Pfand gesetzt worden ist, der creditor secundus ist Darlehensgläubiger des creditor primus und hat dafür das Pfand. Will nun der ursprüngliche Schuldner die Sache einlösen, so hat er diese Darlehenssumme an den creditor secundus zu bezahlen, welcher angewiesen ist, gegen diese Zahlung das Pfand an den Schuldner zu restituiren, vgl. c. 8 ad exhibendum. Das Verhältniß ähnelt daher dem in fr. 27 de pign. act. besprochenen Falle. Es springt in die Augen, daß diese Abwicklung des Schuldverhältnisses besonders geeignet war unter dem germanischen System des periculum, wornach der Gläubiger die Gefahr des Pfandes trägt, mindestens bis zur Höhe der Pfandsumme: hier ist der creditor primus nicht in Gefahr, bei etwaigem Untergange des Pfandes noch von dem creditor secundus persönlich für das von diesem entnommene Darlehen in Anspruch genommen zu werden und dadurch in Ungelegenheiten zu kommen; er ist nach Hingabe des Pfandes von jedem Risiko frei, sein Beutel läuft keine Gefahr, wie denn auch die deutschen Rechtsquellen verschiedenfach aussprechen, daß, wer für eine Forderung ein Pfand gesetzt hat, nicht mehr

Es liegt eine Cession der Forderung mit Uebertragung des sie sichernden Pfandrechts vor." Er konstruirt die Sache daher als Cession von Forderung mit Pfand. Allein diese Konstruktion läßt es unerklärt, wie so manche Rechtsquellen entweder überhaupt oder doch in erster Reihe nur ein Versetzen, nicht ein Verkaufen des Exekutionspfandes gestatten; denn nun wäre ja dem Pfandgläubiger eine wahre Ausübung des Pfandrechts völlig untersagt und nur eine Uebertragung desselben gestattet, und erst dem Cessionar die wahre Ausübung. Dieses ist unhaltbar; jene Bestimmungen erklären sich nur, wenn man in dem „Versetzen" einen, das specifische Pfandrecht beendenden, Konsummationsakt erblickt, welcher ein neues Pfandrecht für eine neue Forderung erzeugt.

persönlich dafür in Anspruch genommen werden kann, vgl. z. B. Münchner Stadtrecht a. 109 (Auer S. 44); ursprünglich selbst nicht für das bei etwaiger Pfanddistraktion sich ergebende Deficit, vgl. Meibom, Pfandrecht S. 280 flg., Stobbe, Die Juden in Deutschland S. 247 flg., erst später für den Fall, daß sich bei der Distraction ein Deficit ergibt. Vielfach wird daher allgemein bestimmt, daß der Gläubiger gehalten sei, sich mit einem Pfande statt der Zahlung zu begnügen, sofern dieses die Forderung um einiges z. B. um $^1/_3$ übersteigt; so die Charte de Digoine (in Garnier, Chartes de communes et d'affranchissements en Bourgogne II p. 188). Anders nach dem römischrechtlichen System des periculum, und insbesondere dieser Umstand mußte bei eindringendem römischen Rechte einer solchen Verwerthung gerade beim Exekutionspfande entgegentreten, wie denn auch solche hier überraschend schnell aus dem Rechtsleben verschwunden ist.

In einer Anwendung allerdings blieb das Pfandbegründungsrecht im Exekutionsverfahren erhalten, und erhielt es sich bis auf den heutigen Tag; in der Anwendung nämlich, daß der Gläubiger für sich selbst an dem Befriedigungsobjekt ein Nutzungspfand erwirbt, um sich aus dem Früchtegenuß bezahlt zu machen: also ein Pfandrecht, welches man dadurch ausübt, daß man es in ein Nutzpfand des Gläubigers verwandelt. So schon mittelalterliche Rechte, z. B. das Schweriner Stadtrecht aus dem 12. Jahrh. §. 23 (Gengler, deutsche Stadtrechte des Mittelalters S. 430. 434. 435): Wehre idt Sake, dat ein Schuldener wörde vor dem Gericht gemahnt, und nicht betalen konde, und dem he schuldig is, sin Hus versettende, dem schal desulvige, dem dat Hus versettet werd, dremahl binnen 6 Weken im Gericht vorbringen, und da dei Schuldener sodane Hus nicht entfriende, so mag dei, dem he schuldig ist, datsulvige Hus kehren in sinen Genütte. Dies erklärt

sich aus der langsamen Entwicklung der Immobiliarsubhastation im deutschen Rechte, vgl. Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II S. 253 fg., vgl. auch Kühns, Geschichte der Gerichtsverfassung und des Processes in der Mark Brandenburg II S. 487 fg.[1]) Aehnliches findet sich in südlichen Stadtrechten, insbesondere in dem äußerst interessanten Stadtrecht von Bayonne von circa 1273, ch. 106 a. 2 (bei Balasque, études historiques sur la ville de Bayonne II p. 656): Ist das Mobiliarvermögen zur Deckung des Gläubigers nicht hinreichend, so wird derselbe in den Genuß der Immobilien zu seiner Deckung eingewiesen: lo maire deu livrar totes les heretatz dou deutor au prestedor qui les deura tant thier trou dous fruits ne sie deu tot pagat et deus costatges que fera en les heretatz coytinar — —. Man nannte dies pague de communi. Vgl. dazu auch Balasque ib. II p. 331, welcher diesen Exekutionsmodus des alten Bayonne allerdings auf keltischen Ursprung zurückführt. Aber auch noch heutzutage ist eine derartige Zwangsbefriedigung, allerdings unter Sequestration des Befriedigungsobjektes, bei Grundstücken geboten, welche Veräußerungshindernissen unterliegen; und auch bei anderen Grundstücken kann diese Art der Vollstreckung angezeigt sein: es kann angezeigt sein, statt der Zwangsvollstreckung eine „Zwangsverwaltung" eintreten zu lassen; das richtige Wort dieser Situation ist Nutzpfand; damit ist gesagt, daß der Gläubiger den Reinertrag der für ihn verwalteten Sache in Abschlag seiner Forderung (Zins und Kapital) zu nehmen hat, daß es aber dem Schuldner jederzeit freisteht, diese Nutzpfandgebundenheit der Sache durch Zahlung der Restschuld zu heben. So ist z. B. die Sache in der bayerischen Subhastationsordnung a. 125—156 geregelt; vgl. auch a. 10 und a. 20 derselben.

Ich mache schließlich noch auf die in neueren Hypothekengesetzgebungen gestattete Offenhaltung des Foliums, auf die Hypothe-

1) Vgl. auch Urk. v. 1515 im Cod. dipl. Silesiae IV 141 p. 71.

kenerneuerung und ähnliche Institute aufmerksam, welche gleichfalls ein — bis zu einem bestimmten Grade unantastbar gesichertes — Recht gewähren, eine Hypothek zu begründen, vgl. z. B. Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht S. 278 fg., Roth, Arch. f. civ. Prax. B. 62 S. 27 fg. Ich glaube, daß unser Gesichtspunkt auch für diese noch keineswegs völlig aufgeklärte juristische Situation fruchtbar ist, begnüge mich aber mit dieser Andeutung, da die nähere Ausführung dieser Specialität uns auf zu viele vom Wege ableitende Fragen und auf zu vieles partikularrechtliches Detail führen würde.

§. 2.
Exekutionspfand und neuere Satzung.

Wir sind bei der seitherigen Konstruktion von der Anschauung ausgegangen, daß der exequirende Gläubiger an dem Exekutionsobjekt ein Pfandrecht, ein jus in re aliena erlange und dasselbe eben kraft dieses jus in re verkaufen oder verpfänden dürfe. Diese Anschauung ist denn auch für das germanische Recht unabweisbar. Ich will es dahingestellt sein lassen, ob ein solches Recht des Gläubigers bereits mit dem Pfändungsakte eintritt; obgleich dasjenige, was hiergegen von Meibom S. 136 vorgebracht wird, durchaus nicht überzeugend ist. Ganz sicher aber erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht mit der richterlichen Geweldigung, mit der gerichtlichen Ausantwortung des Exekutionsobjektes; und insbesondere ist die Konstruktion, wornach der Gläubiger als Vertreter des Schuldners handle, etwa kraft einer gerichtlichen Ermächtigung (Meibom S. 143 fg.), hier ebenso unhaltbar, wie die analoge Konstruktion im römischen Pfandrecht — obgleich diese Auffassung bis in die Neuzeit in irreführender Weise nachgewirkt und insbesondere das Konkursrecht in einer Weise auf den Kopf gestellt hat, daß man sich nur zu wundern hat, wie diese Doktrin so lange in dieser unnatürli-

chen Stellung verharren konnte, ohne wieder auf ihre Füße zu kommen. Es ist dieselbe ungesunde Konstruktion, wie die allerdings sehr scharfsinnig aufgebaute Meibom'sche Theorie von der deutschen Verkaufssatzung (S. 427 fg., 436 fg.), wornach diese Satzung dem Gläubiger kein jus in re gewähre, sondern auf der einen Seite dem Verpfänder die Dispositionsfähigkeit benehme, auf der andern Seite dem Gläubiger die Macht gebe, über die Pfandsache im Exekutionswege zu disponiren. Nun ist es richtig, daß im deutschen Rechte dem Verpfänder vielfach jede Veräußerung untersagt wird, vgl. die Citate bei Meibom S. 428 fg., bei Stobbe, deutsches Privatrecht II S. 276 fg., ferner die salernitanische Urkunde v. 882 im Codex Cavensis I 91 p. 117: non habeamus potestatem per nulli modi nec bindere nec donare neque per nulla rationem ubique ipso dare — —, sodann Urkunde von 1283, Meklenburgisches Urkundenbuch III 1665 p. 69, wo ein halbes Schiff verpfändet wird: ita quod nec ipsam vendere poterit nec exponere, nisi prius dicti denarii sint persoluti; und diese Veräußerungsuntersagung geht bis in das 16. und 17. Jahrh.; so Landsatzung des Gotteshauses St. Gallen 1525 a. 38, Zeitschr. f. schweizerisches Recht I, Abth. Rechtsquellen I S. 55: Es soll ouch dhainer dem andern umb Schulden kain Huss, das vorher in Underpfandswyse, es syge umb Zinss als anders, versetzt oder in Underpfandswyss verschriben, ze Pfand geben; dann welcher das tät, der wurde darumb nach Gestalt der Sach gestraft; so noch die Gerauischen Statuten von 1658 (bei Schott, Sammlungen zu den deutschen Land- und Stadtrechten I S. 167): Es soll Niemand Güthere verkauffen noch verwenden (wohl verpfenden), die der Stadt oder jemand anders zum Pfande stehen, er thäte es dann mit des Raths Erlaubnüſs oder mit Willen seiner Bürgen und desjenigen, den sie unterpfändlich hafften, bey der Buſse

eines Neuen Schockes. Und es hat dieses häufig wiederkehrende Verbot (vgl. z. B. auch Goslarer Stat. S. 24. Z. 19 fg., Hamburger Stat. 1270 IX 19), welches vielfach bei Strafe eingeschärft wird [1]), seinen guten Sinn, wenn man an das Institut der rechten Gewere des Erwerbers denkt, welches dem Pfandrecht nach Jahr und Tag den Untergang drohte, s. Schöffenurtheil bei Wasserschleben, Sammlung deutsch. Rechtsquellen S. 222 c. 70, Goslarer Statut. S. 27 Z. 11 fg., Magdeb. system. Schöffenrecht IV 2, 51 (= Culm IV 93), vgl. auch Stobbe, Gewere (in Ersch und Grubers Encyklopädie) S. 476, Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 324 fg. [2]). Auch

1) Auch beim Nutzpfand kommen ähnliche Veräußerungsinhibitionen vertragsmäßig vor, so in einer Würzburger Verpfändungsurkunde v. 1216, Würtembergisches Urkundenbuch III 596 p. 55: nec illos nec alios redditus — — ad tres annos vendam vel obligabo nec aliquo titulo alienabo. Uebrigens finden sich solche Veräußerungsinhibitionen auch bei purer Verpflichtung ohne specielle Pfandbestellung; z. B. Urk. v. 882 im Cod. dipl. Cavensis I 95: amodo et dum ipsi solidi (das Darlehen) aput nos fuerit, non habeamus potestatem de res mea nec bindere nec donare neque pro anima mea judicare nec in sancti loci offerire neque per nulli modi ubique exinde dare — — (es müßte denn die Sache dem Gläubiger zuerst angeboten werden).

2) Ein vortrefflicher Beleg für diese extinktive Wirkung des Jahrbesitzes findet sich bereits in den capitula Adelchis principis (von Benevent) a. 5 v. a. 866 (bei Pertz, monum. legum IV p. 211): Si quis rem suam obligaverit cuicumque et denuo illam alteri vendiderit, et emptor ipsam ante faciem ejus, cui obligata fuerit, anno uno expleto possederit, postea exinde nullam controversiam his qui eam obligatam habuit, valeat movere; quoniam neglectui ejus rite deputabitur, quod emptorem infra tot spatium exinde appellare contempsit — —. Ebenso in frühzeitigen französischen Quellen, wo Besitz von Jahr und Tag in seiner Wirkung im Personen- wie Sachenrecht anerkannt ist, z. B. Charte de confirmation des coutumes de Lorris v. a. 1155 a. 18 (Recueil général des anciennes lois françaises par Jourdan, Decrusy, Isambert I p. 156): Et quicumque in parrochia Lorriaci anno et die manserit, nullo clamore eum sequente, neque per nos, sive per prepositum, rectitudinem prohibuerit (?), deinceps liber et quictus permaneat. So Lettre de rétablissement et de confirmation de la Commune de Noyon v. a. 1181 a. 13 (Recueil id. I p. 169):

außerdem kann die Veräußerung des Pfandes durch den Verpfänder dem Gläubiger mannigfache faktische Nachtheile bringen, weßhalb denn auch selbst das Römische Recht die Veräußerung, mindestens des beweglichen Pfandes, durch den Eigenthümer untersagt und mit der poena furti belegt, fr. 19 § 6, fr. 67 (66) de furt.; noch Niemanden aber ist es eingefallen aus diesem Grunde die Dinglichkeit des römischen Pfandrechts zu läugnen, ebenso wenig kann das Verbot im Deutschen Rechte gegen die Dinglichkeit sprechen [1]). Noch weniger kann aus dem Erlöschungsinstitute von Jahr und Tag, — bei welchem (mindestens nach dem cit. Schöffenausspruch bei Wasserschleben) vorausgesetzt wird, daß dem Käufer im Erwerbsakte nichts von dem Pfandrechte mitgetheilt war: uffgelassen alzo frey gut und nicht geld adir schulde benumet das doruff stunde (ib.

Si quis terram vel domum vel quamlibet tenuituram, presente adversario suo nec contradicente, per annum et diem tenuerit, postea sine contradictione possidebit. So auch in der Charte communale von Abbeville v. 1184 a. 23 (bei Thierry, récueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état, première série IV p. 12): si quis emerit vel invadiaverit terram vel redditus aliquos et per annum et diem vicinis videntibus tenuerit, si ille qui reclamaverit sciverit vel scire potuerit, nisi infra diem et annum reclamaverit, de cetero non audietur. Ebenso Réglement du droit de possession für Dijon (bei Garnier, Chartes de Communes et d'affranchissements en Bourgogne 1867/77 I nr. 22 p. 29): quicunque in villa Divionis aliquam possessionem pacifice et absque reclamatione per annum et diem possederit, eam ex tunc in antea pacifice possideat. Die ersterwähnte Stelle zeigt, daß Jahr und Tag als sachenrechtliches Institut älter ist, als man gewöhnlich annimmt, vgl. Heusler, Gewere S. 288, Bewer, Sala, Traditio, Vestitura S. 97.

1) Bestimmen doch auch manche deutsche Rechte bei Diebstahlspön, daß es nicht gestattet sei, auf ein bereits mit Rente belastetes Grundstück eine zweite Rente zu legen, so lübisches Recht, Hach II 236: verkoft over iemant wicbelde an eneme erve na deme dat it vorsat is eder verkoft iemant twiger weghene wicbelde an eneme erve, wert he des verwunnen, dat scal men richten like dufte; so Rechtsbuch nach Distinktionen II 4 d. 19, welches das Verbot hat mit dem Beifügen: wedder des willen, der sinen rechten czins doran had.

p. 224), vgl. auch Magdeb. syst. Schöffenrecht IV 1, 23 — gegen die Dinglichkeit argumentirt werden, ebenso wenig, als aus demselben gegen die Dinglichkeit des gleichfalls dadurch bedrohten Eigenthums zu argumentiren ist, oder als aus der 10 oder 20 jährigen Ersitzung der Freiheit der Sache im römischen Rechte gegen die Dinglichkeit des römischen Pfandrechts zu argumentiren wäre [1]), umsoweniger, als diesem Erlöschungsinstitute durch rechtzeitige Klagerhebung entgegengewirkt werden kann. Offensichtlich war es Sitte, daß der Pfandgläubiger, wenn er in Jahr und Tag sein Geld nicht von dem Grundstück zurückziehen wollte, das Pfandrecht gegen die rechte Gewere dadurch zu schützen suchte, daß er von Jahr zu Jahr sein Recht gerichtlich ansprach und zur Festsetzung brachte; mindestens findet man bereits in dem Freiberger Stadtrecht eine Andeutung, daß man solches zu thun pflegte, allerdings mit dem Bedeuten, daß dieses Thun nicht zum Ziele führe: Wer erbe ansprečhe machen wil, der sal iz tun zu rechte in der ersten iaris vrist und sal ieme vorgebiten und sal in zu rede setcen. das heizet ansprache.

---

1) Ich vindicire dem deutschen Rechte, wie dem römischen, den Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten; denn diesen in den ersten Elementen des Rechts beruhenden Unterschied kann ebensowenig ein Recht irgend einer Zeit entbehren, als irgend eine Sprache den Unterschied von Subjekt und Prädikat, von aktueller und leidender Form: damit ist nicht gesagt, daß dieser Unterschied auch nothwendigerweise zum reflektirten Bewußtsein gelange — im Gegentheil, die Sprache, wie das Recht haben die längste Zeit bestanden, ehe es gelungen ist, den Gesammtorganismus in seine treibenden Faktoren zu zerlegen. Die Bedeutung des römischen Rechts ist es eben gerade, daß es unter den occidentalen Rechten zuerst eine fruchtbare Analyse begonnen hat. Noch weniger ist damit gesagt, daß sich der Unterschied der Rechte auch nothwendig processualisch wiederspiegle — im Gegentheil, es ist das große Verdienst des römischen Rechts, durch eine plastische Gestaltung des Klagwesens zuerst das Verständniß dieser elementaren rechtlichen Differenz eröffnet zu haben, während das deutsche Recht seine Klagen nach ganz andern Rücksichten klassificirt, vgl. Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 2 fg. 51 fg.

tut he des nicht in dem ersten iare, darnach sal he swigen ouch zu rechte. Daz ein man vil tritet in di benke unde machet anspreche eines guten mannes erbe eines oder zwir von iare zu iare oder wi dicke iz ist daz ist nicht der stat recht. iz in sal in ouch nicht zu rechte helfen, Freiberger Stadtrecht V 22 (Schott, Sammlungen zu den deutschen Land- und Stadtrechten III S. 176—177). Was aber hier als unwirksam bezeichnet ist, das war nach andern Rechten wirksam, so nach sächs. Lehenrecht 22 §. 4, nach dem Richtst. Landrechts 27 §. 3, nach dem Brünner Schöffenb. c. 330, wo ausdrücklich erkannt ist, daß, wo die potestas judicem adeundi aus irgend einem Grunde (z. B. wegen der eigenartigen rechtlichen Situation) ausgeschlossen ist, die protestatio per Urkund genüge, — so daß hiermit ein bequemes Mittel gegeben war, der Wirkung des jahrweisen Besitzes zu steuern, ohne daß man in die Nothwendigkeit versetzt wurde, das Pfand sofort nach der Veräußerung der Sache zur Verwerthung zu bringen und seinem Kapital eine andere Anlage zu suchen. Späterhin wurde aber die rechte Gewere in ihrer erlöschenden Kraft gegenüber den jura in re sogar direkt gebrochen und für unwirksam erklärt, so bezüglich des Zinsrechts, welches man der rechten Gewere gegenüber bestehen ließ, Magdeb. syst. Schöffenrecht IV 1, c. 25 (= Culm IV 25), Brünner Schöffenbuch c. 365 (Rößler, Stadtrechte von Brünn p. 166), vgl. Stobbe, Gewere (in Ersch und Grubers Encyklopädie) S. 475 fg. und Planck, Deutsches Gerichtsverfahren I S. 677 fg. [1]); und so später auch bezüglich des Pfandrechts, vgl. Brünner Schöffenb. c. 326 (Rößler

---

1) Das Schöffenurtheil im Brünner Schöffenbuch c. 336 (Rößler II S. 154), auf das sich Stobbe, Privatrecht II S. 276 bezieht, will nur besagen, daß, wenn der Schuldner das Pfandobjekt gegen baar verkauft (pro pecunia parata), der Gläubiger auch bei noch nicht fälliger Forderung die sofortige Befriedigung aus dem Baarerlös beanspruchen kann.

II S. 149)[1]. Im Uebrigen ist das Verhältniß des Pfandrechts zu dem künftig erworbenen Eigenthum oder zu dem später erworbenen Pfandrechte eines Dritten dasselbe wie im römischen Recht: das zweite Pfandrecht steht hinter dem ersten zurück, das Eigenthum des Erwerbers ist belastet mit dem ältern Pfandrecht, wie dies in vortrefflicher Weise bereits in einer Rechtsquelle des 13. oder 14. Jahrh., im Wiener Weichbildbuche, entwickelt wird, a. 139 und 140. Hier ist gesagt, daß der Burgherr bei Pfandbestellung und Veräußerung dem Pfandgläubiger oder Erwerber die auf der Sache liegenden Lasten kundgeben solle; ist dieser dann hiermit zufrieden, so schol der purchtherre den nicht irren seines frumen (a. 139, Schuster p. 127); verschweigt aber der Burgherr die Lasten, so tritt nichtsdestoweniger das zweite Pfand hinter das erste, das Eigenthum des Erwerbers hinter das ihm zeitlich vorangehende Pfandrecht, und dem Erwerber bleibt nur der Regreß gegen den Burgherrn vorbehalten. So ist denn auch nach zahllosen andern Texten des deutschen Rechts das Verhältniß zweier Pfandrechte einfach dieses, daß das erste nicht durch das zweite beeinträchtigt, daß das zweite erst hinter dem ersten befriedigt wird, wofür Meibom selbst, S. 302. 303. 429. 455 fg. genügende Belege gibt[2]. Will man hierwegen von einer

---

1) Welches allerdings bereits starke romanistische Einwirkung verräth; man vergleiche z. B. den Satz in dem cit. Kapitel: Non firmatur enim tractu temporis, quando de jure ab initio non subsistit. Man berücksichtige aber auch die gegen die rechte Gewere sprechende Stelle in den Goslarer Statuten (Göschen) S. 26 Z. 25 fg.

2) Vgl. auch das Schöffenurtheil bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen S. 284 fg., auch Brünner Schöffenbuch nr. 563. 567 (Rößler II p. 263) und das bei Stobbe, krit. Vierteljahrschr. IX S. 320, citirte Schöffenurtheil. Nicht hiergegen spricht die besondere Behandlung des Schiffspfandrechts nach lübischem Recht, Hach II 147 (p. 321), III 82 (p. 403), wornach das Pfandrecht so lange cessirt, bis das Schiff wieder zum Heimathshafen zurückkehrt; Rechtsverlust und Rechts-

Dispositionsunfähigkeit des Pfandschuldners bezüglich des Pfandgutes reden, so wäre dieses doch nur eine relative Dispositionsunfähigkeit, eine solche gegenüber dem Pfandgläubiger, eine Beschränkung in dem Rechte des Schuldners, welche dem aktiven Rechte des Pfandgläubigers korrelat wäre und nur zur Wahrung und Sicherung derselben diente, auch nur in und mit der aktiven Befugniß des Gläubigers bestände, so daß eben dem Einen gerade das gegeben wäre, was dem Andern genommen ist. Dies ist aber nichts anderes, als eine Umschreibung desjenigen rechtlichen Phänomens, welches man als dingliches Recht zu bezeichnen pflegt, indem eben dem Einen gewisse Berechtigungen an der Sache gewährt und diese der Disposition, der Verfügungs- und Vergabungssphäre des andern Theiles entzogen werden. Mit dieser künstlichen Umschreibung geht man nur um die disjecta membra des Institutes herum und ignorirt den innern verbindenden Lebensnerv, man secirt das Institut und mißkennt die physiologische Zweckbestimmung der Theile. Das Richtige ergibt sich denn auch aus der Charakteristik, welche der größte Coutümist aller Zeiten, nämlich Beaumanoir, von dem deutschen Pfandrecht gibt. Zwar sagt auch er scheinbar, daß die verpfändete Liegenschaft unveräußerlich sei: que li heritages qui est bailliés par maniere de seurté, ne pot puis estre vendus, ne donnés, ne laissiés en testament, ne estre mis hors de le main de celi qui en seurté on le bailla, se n'est o toute[1]) le carque de le seurté; er fügt aber bei: c'est à dire que se li chens ou li louages n'est paiés, cil qui le coze bailla à cens ou à louage se pot

---

wiedererstehung beruhen hier auf internationalen Gründen, wie das jus postliminii des Röm. Rechts. Vgl. auch Stobbe, krit. Vierteljahrschrift IX S. 319.

1) Von toldre oder tollir = tollere. Vgl. Hippeau, dictionn. de la langue française au XII et au XIII siècle.

penre à ce qui li est baillié à contre acens, en quel main qu'il le truist, et ensi perdoient souvent li segneur lor ventes, porce c'on ne trouvoit qui acatast tex heritages por le carque dessus dite; et por ce est il restraint qu'il ne pot mes estre fet sans l'acort des segneurs. Also: die verpfändete Liegenschaft konnte nur mit der Belastung veräußert werden, und unter solchen Umständen fand sich nicht leicht ein Käufer; Beaumanoir, coutumes du Beauvoisis c. XXXVIII 11 (Ed. Beugnot II p. 80. 81). Vgl. auch ib. c. LXX 11, Beugnot II p. 502: se je l'avoie obligié especialment, adont ne le porroie je vendre, ne doner, ne escangier, en nule maniere par quoi il peust estre damaciés, au quel il fu obligiés especialment. Vgl. auch ib. LIV a. 5: s'il pruevent l'obligation contre cex qui les cozes tienent: vente, ne don, ne engagemens qui ait esté puis fes, ne vaut riens. Die weitere Ausführung, wie es sich hiermit im heutigen Konkursrechte verhält, muß einem andern Orte vorbehalten bleiben; hier genügt das Ergebniß, daß der Exekutionsgläubiger mindestens mit der gerichtlichen Gewelbigung des Exekutionsobjektes ein Pfandrecht erwirbt, und daß es ein Ausfluß dieses Pfandrechts ist, wenn das Exekutionsobjekt verkauft oder versetzt wird: ein Pfandrecht mit Verpfändungsbefugniß, also diejenige Rechtsgestaltung, welche oben im Code civil nachgewiesen worden ist.

§. 3.
Charakteristik und Würdigung des Pfandrechts mit Verpfändungsbefugniß.

Suchen wir nun nach dem praktischen Moment, nach dem speciellen Zwecke dieser Varietät des Pfandrechts, so tragen die zwei Fälle, in welchen dasselbe praktisch hervorgetreten ist, die maßgebende Tendenz deutlich zu Gesicht: es galt, ein sofort

realisirbares Pfandrecht zu geben unter möglichster Schonung des Pfandschuldners; der Gläubiger sollte in der sofortigen Befriedigung nicht gehemmt, der Schuldner durch die sofortige Befriedigung nicht definitiv von Hab' und Gut gedrängt werden. Zu Zeiten Pothier's war es bezüglich des Ameublissement indéterminé der Ehefrau fraglich, ob der Ehemann während der Ehe die für die Schuld verfangenen Sondergutsliegenschaften zur Deckung heranziehen dürfe oder nicht. Pothier bejahte es: la clause d'un ameublissement indéterminé que la femme fait de ses immeubles jusqu' à concurrence d'une certaine somme renferme tacitement un pouvoir qu'elle donne au mari, tant qu'elle n'a point encore déterminé son apport, d'aliéner ceux des immeubles qu'il jugera à propos jusqu' à concurrence de la dite somme; die Ehefrau solle aber das Recht haben, die Liegenschaften zu bezeichnen, welche sie diesem Zwecke zum Opfer bringen wolle, Pothier, communauté, P. I ch. 3. s. 2. a. 3 §. 4 (Ed. Bernardi 1806 I p. 294). Andere bestritten das Veräußerungsrecht des Ehemannes, der Code civil hat eine Mittelmeinung angenommen, wornach dem Ehemanne zwar eine Pfandrechtsrealisation, aber eine gemilderte Species gestattet ist, eine Species, welche der Ehefrau das Einlösungsrecht wahrt und sie ihres Eigengutes nicht sofort definitiv entfremdet, während dem Ehemanne zu seinem sofortigen Gelde, zur sofortigen Realisation der im Ehevertrag projektirten Vermögensanlage und Familienetablirung geholfen ist. Ganz ähnlich sollte das utsetten des Exekutionspfandes dem Gläubiger sofortiges Geld bieten, dem Schuldner die Einlösung des Exekutionsgutes vorbehalten und ihm noch eine Rückkehr zu seiner exekutionsweise gepfändeten Habe eröffnen [1]): zwischen die Realisirung des Exekutionspfandrechts und

1) Auch beim Konventionalpfand, wo diese Art der Verwerthung vorgeschrieben war, s. oben.

den definitiven Verlust der Habe ist ein Zwischenstadium eingeschoben, ohne damit den geldsuchenden Gläubiger aufzuhalten. Mithin hat diese Gestalt des Pfandrechts einen ähnlichen wirthschaftlichen Zweck, wie der Pfandverkauf unter Vorbehalt der Einlösung, wie solchen das römische und das deutsche Recht kennt. Und es ist sehr bezeichnend, wie die verschiedensten Rechte, welche dem Gläubiger die direkte Verkaufsbefugniß gestatten, dem Schuldner sogar ein gesetzliches Einlösungsrecht vorbehalten. Auf ein solches weisen noch im römischen Rechte einige verlorene Spuren hin, so das räthselhafte fr. 9 de rescind. vendit. (vgl. Huschke in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. XIV S. 271) und das noch räthselhaftere Institut der usureceptio ex praediatura Gajus II 61, letzteres namentlich im Zusammenhalt mit der usureceptio ex fiducia creditoris. Nicht bloß Spuren, sondern sprechende Beweise bietet das deutsche und französische Recht. So findet sich das Einlösungsrecht bald innerhalb Jahr und Tag, Magdeb. syst. Schöffenrecht III 2 c. 81. 93; meistens aber in kürzerer Frist, so innerhalb 8 Tagen, in einem Weisthum von Pfeffingen in Oberelsaß v. 1344 §. 10 (Grimm, Weisthümer V S. 374): verkoufen vor der kilchen mit achtag (losung), so in einem Dorfrecht von Nordheim in Schwaben v. 1495 §. 7 (Grimm, Weisth. VI S. 316); eine dreitägige Frist hat ein Tiroler Taiding in den Tiroler Weisthümern von Zingerle und Inama-Sternegg II (1877) S. 294. 295. Im französischen Rechte hat das gesetzliche Einlösungsrecht einen eigenen Namen, droit de forgas (Frigot, coutume de Normandie I p. 32). Es wird beispielsweise erwähnt in dem bekannten livre de Jostice et de Plet XIX 23 §. 4: Se deners sont queneu[1]) deu par devant jostice et gages sont baillié l'en les puet

1) d. i. connu, reconnu.

tantost vendre; mès cil qui les gages sont, les ara por tant comme il seront vendu. Et s'il ne velt, la vente tendra et ara les nuiz (Ed. Rapetti p. 300 in der Collection des documents inédits sur l'histoire de France). Es scheint vorausgesetzt zu sein in einem Urtheile aus dem Anfange des 14. Jahrh. bei Marnier, ancien coutumier inédit de Picardie (Paris 1840) nr. 46 p. 41, wo angeführt wird, daß der Gläubiger fesist scavoir — que il (der Schuldner) racatast s'en wage qui estoit vendus par dedens I jour —. Und Bouteiller, somme rurale I 102 (Ed. Charondas le Caron, Paris 1603, p. 590) erklärt das Einlösungsrecht als coutumiäre Rechtsnorm, welche mit dem geschriebenen Recht im Widerspruch stehe: Combien que par plusieurs usages de païs est ordonné et tenu que quand aucun gage est vendu pour dette à la requeste du creancier, on luy met et assigne jour de trois jours selon aucuns lieux, et selon aucuns autres de huict jours et sept nuicts. Sçachez que selon la loy escrite, puis que le gage est vendu, si le detteur le vouloit r'avoir pour le prix, si n'y est il à recevoir. — —

Das Einlösungsrecht kommt unserm Rechtsverhältnisse um so näher, als, wenigstens nach späterem römischen Rechte, die Einlösungsklausel nicht nur als obligatorischer Vertrag zu Gunsten des Schuldners aufgefaßt wurde, sondern als dingliche Beschränkung der Eigenthumsübertragung, so daß der Schuldner durch den Einlösungsakt das Eigenthum des Käufers der Pfandsache kraft auflösender Bedingung aufhob, fr. 13 pr. de pign. act.: ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere; vgl. auch fr. 7 § 1 de distract. pign.: ut si intra certum

tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, Dernburg Pfandrecht II S. 235.

Dieselbe Behandlungsweise wäre im römischen Rechte auch da möglich gewesen, wo der Bürge oder der nachstehende Pfandgläubiger bei der Distraktion die Pfandsache erstanden hat; denn bekanntlich hat in diesem Falle der Schuldner das Einlösungsrecht. Es wäre diese Behandlung möglich gewesen, es wäre möglich, ja naheliegend gewesen, auch hier das Einlösungsrecht dinglich zu gestalten, so daß der Erwerber, obgleich er volles Eigenthum erwerben wollte, nur ein resolutives erwarb oder, statt Eigenthum zu erwerben, nur in das Pfandrecht des Distrahenten eintrat; denn, daß bei dem Rechtsgeschäfte die Folgen nach dem Belieben der Parteien eintreten, ist ja doch nur ein Irrthum. Aber es ist trotz des fr. 6 de distract. pign. anzunehmen, daß das römische Recht diesen Schritt nicht gethan, das Eigenthum des Erwerbers nicht resolutiv gestaltet, sondern demselben lediglich die obligatorische Verpflichtung auferlegt hat, kraft des Mandats- oder Pfandkontraktsverhältnisses (actione mandati oder pigneraticia directa) das im Wege der Distraktion erworbene Eigenthum gegen Zahlung der Einlösungssumme auf den einlösenden Schuldner zu übertragen, fr. 2 de distr. pign., fr. 59 § 1 mand., fr. 59 de fidej., c. 1 de dolo malo, vgl. auch Schmid, Grundlehren der Cession I S. 236 ff., so daß also dieses Verhältniß zu dem unsrigen keine Analogie gewährt.

Näher scheinen unserer Pfandspezies die hypothekarische Succession und das Afterpfand zu stehen, wie ja manche Schriftsteller dieselben mit unserem Institute geradezu identifizirt haben; aber auch hier ist die Aehnlichkeit nur eine äußerliche: bei der hypothekarischen Succession tritt der Nachfolger in das Pfandrecht des Vorgängers ein, es ist ein und dasselbe Pfandrecht, welches nur den Träger wechselt; in unserem Falle erzeugt das Pfand-

recht durch seine Ausübung ein neues Pfandrecht aus seinem Schoße; während im ersten Falle das Pfandrecht unberührt und unangetastet in die Hand des Nachfolgers übergeht, hat das unsrige bei der Begründung des Tochterpfandrechtes seine Lebensfunktion bereits vollzogen, es erstirbt, indem es dem neuen Pfandrechte das Leben gibt. Und während die hypothekarische Succession nur eine Zufälligkeit ist, welche nicht zu den nothwendigen Stadien der Pfandrechtsentwicklung gehört, so kann sich unser Pfandrecht gar nicht anders realisiren, als dadurch, daß es einem Tochterpfandrechte das Leben gibt. Noch weniger kann dasselbe mit dem Afterpfandrechte identifizirt werden. Denn auch dieses ist kein Produkt, in welches das ursprüngliche Pfandrecht aufgeht, sondern es ist ein in die Sphäre des alten Pfandes eingelegtes, auf dessen Boden gestelltes, Successionspfand, welches nur eben nicht das alte Pfand verdrängt, wie im vorigen Falle der s. g. hypothekarischen Succession, sondern als juristische Schlingpflanze an dessen Kräften zehrt.

Fragen wir uns nun, ob diese Sonderart des Pfandrechts, welche im obigen ihre wirthschaftlichen Momente dargelegt und damit ihre legalpolitische Existenzberechtigung bewiesen hat, welche zwar als Modus des Exekutionspfandes nothwendig fallen mußte, aber als Vertragspfand die legitimsten Interessen befriedigen kann, heutzutage zulässig und statthaft ist, so muß diese Frage ganz und voll bejaht werden. Zwar ist das Recht bekanntlich nicht die Magd der Parteien und gewährt ihnen nicht jeden Rechtseffekt nach ihrem Belieben. Wohl aber pflegt die Rechtsordnung die meisten Institute, welche sie den Parteien zur Verwendung stellt, nur in ihren hauptsächlichsten Typen kundzugeben und es den Parteien zu überlassen, analoge Typen zu bilden; die ganze römische Rechtsentwicklung ist ein lebendiger Beweis für diesen Satz; ihn leugnen, hieße der Jurisprudenz des Lebens den nervus vitalis zerschneiden. Nun hat aber

das römische Recht bereits den Typus von Pfandrechten entwickelt, welche dem Gläubiger nicht die volle, dem Eigenthum entsprechende, wirthschaftliche Kraft der Sache, sondern nur einige, den jura in re korrespondirende, Seiten der wirthschaftlichen Funktion derselben zur Verfügung stellen, so daß die Verfügungskraft des Pfandgläubigers nach dem Maßstabe der jura in re (aliena) herabgemindert ist: so das s. g. Pfandrecht an einem ususfructus constituendus, an einer servitus constituenda — nur eine kleine konstruktive Verschiebung, und wir haben unser Pfandrecht an einem pignus constituendum. Darum sollen hier zunächst die im römischen Rechte speziell besprochenen Typen des herabgeminderten Pfandes, des Pfandes mit beschränkter Ausbeutekraft, eine nähere Entwicklung finden.

§. 4.
Pfandrecht mit Servitutenbestellungsrecht.

Die Verpfändung eines zu konstituirenden Usufruktes, einer zu konstituirenden Realservitut ist nichts anderes, als die Verpfändung der Sache selbst mit einer Ausbeutungsbefugniß, welche sich in den Schranken des Usufrukts oder der Realservitut hält. Gegenstand der Verpfändung ist das Sachgut; es ist Gegenstand des Rechts, hier ebenso wie es der Gegenstand des Rechts ist bei Usufrukt, bei Realservitut und bei dem gewöhnlichen Pfandrecht, nur daß eben dem Berechtigten nicht alle, sondern nur bestimmte wirthschaftliche Funktionen des Sachgutes zustehen.

Beim gewöhnlichen Pfandrechte sind dem Pfandgläubiger die wirthschaftlichen Funktionen des Sachgutes völlig zugetheilt, wobei jedoch seine Berechtigung begränzt ist durch den Zweck, welcher das ganze Pfandrecht erfüllt: durch den Zweck nämlich, aus den wirthschaftlichen Funktionen der Sache einen bestimmten Geldbetrag zu ziehen. Diesen Zweck hat das Pfand-

recht als integrirenden Bestandtheil seiner eigenen Natur in sich aufgenommen; es hat ihn aufgenommen in jener Phase seiner rechtlichen Entwicklung, wo es wirkliches Pfandrecht geworden ist, im Gegensatz zu der alten fiducia, bei welcher der Zweck nur in einer, außerhalb des dinglichen Rechts liegenden, obligatorischen Treupflicht an das Licht trat. Die Erreichung dieses Zweckes ist hier, wie bei jeder wirthschaftlichen Ausbeute möglich durch Selbstgenuß und durch Genußgestattung an Andere, durch Pfandgenuß und durch Pfandverkauf; in beiden Operationen wirkt der Zweck als bildendes Element: der Pfandgenuß, wie der Pfandverkauf, beide sind von dem Zwecke des Pfandrechts erfüllt und geregelt.

Ganz wie sich nun das gewöhnliche Pfandrecht zum Eigenthum, ganz so verhält sich das s. g. Pfandrecht an einer künftigen Servitut zu der Servitut selbst. Der Pfandgläubiger hat ein Gebrauchsrecht innerhalb der Befugnisse eines Servitutenberechtigten, aber erfüllt von dem eigenartigen Zweck des Pfandrechts — er hat es nur, soweit und sofern es dazu beihilft, die Schuld abzutragen. Er hat auch ein Distraktionsrecht, aber nur innerhalb der durch den Umfang des Servitutengenusses gesetzten Schranken, so daß er an den Erwerber nur die in der Servitutensphäre enthaltenen Rechte überträgt, denselben lediglich zum Servitutenberechtigten macht. Vgl. auch Lang Arch. f. c. Pr. B. 29 S. 341, Windscheid Pand. §. 227 zu No. 9 fg.[1]).

---

1) Sohm, subpignus S. 38, behauptet: „wie die Verpfändung einer Sache in den Grenzen eines Rechts wirke, welcher Art ein solches Rechtsgeschäft überhaupt sei, ist nirgendsher zu ersehen." Woher ist es aber überhaupt zu ersehen, wie ein Recht mit vertragsmäßiger Beschränkung wirkt? Nach S. 66 soll die Verpfändung einer Sache in den Grenzen eines Rechtes gar etwas logisch Unmögliches sein, — als ob es etwas logisch unmögliches wäre, das Pfandrecht oder den Usufrukt oder irgend ein Sachenrecht vertragsmäßig zu beschränken und die Schranken nach Maßgabe der

Es ist seltsam und für die einseitige Methode der seitherigen Civilistik bezeichnend, mit welch' absonderlichen Konstruktionen man sich gequält hat, um dem vorliegenden ökonomischen Verhältnisse seine juridische Gestaltung zu geben. In erster Reihe steht die Konstruktion, welche hierin die Verpfändung einer, zwar faktisch, aber noch nicht rechtlich bestehenden Servitut erblickt, so daß diese faktische Servitut, diese im Eigenthum implicite enthaltene servitus materialis, den Gegenstand des Pfandrechts bildete, vergleiche insbesondere Büchel, Ueber jura in re und deren Verpfändung S. 80 fg. (in den civilrechtlichen Erörterungen I). Diese Konstruktion begeht den häufigen Fehler, eine Beschränkung, welche in der Qualität des Rechts liegt, in das Objekt zu verlegen; es ist dieselbe konstruktive Irrung, wie diejenige, welche die Servitut als ein Recht an einer bestimmten Qualität der Sache, oder das Pfandrecht als ein Recht an dem Werth der Sache charakterisirt[2]): nur das Gut selbst, nicht auch seine Eigenschaften und Funktionen sind der Gegenstand der rechtlich geschützten Ausbeute, nur das Gut ist das Substrat des vom Rechte gesicherten Genußgehalts — ganz ebenso, wie das Gut selbst der Gegenstand der pflegenden, erhaltenden, kultivirenden Thätigkeit ist: ganz ebenso, wie es die

---

Genußkraft eines andern Rechtes abzustecken! Warum sollte nicht auch vom Pfandrechte gelten, was Papinian von den Servituten sagt: modum adjici servitutibus posse constat, fr. 4 § 1 de servit.? Unumgänglich ist nur, daß die Servitut den Servitutenzwecken, das Pfandrecht den Pfandzwecken dient. Vgl. fr. 8 pr., fr. 15 pr. de servit., fr. 5 §. 1, fr. 6 de servit. praed. rust.

1) Vgl. dagegen auch Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 25 fg., Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 390, welcher die falsche Ansicht treffend charakterisirt: „Wir erhielten auf der einen Seite den Usufruktus und als dessen Objekt einen aus abgelösten Eigenthumsbestandtheilen gebildeten Rechtsstoff, auf der anderen das Eigenthum und als sein Objekt einen aus dem Residuum der dem Eigenthümer verbliebenen Eigenthumsbestandtheile bestehenden Rechtsstoff. Die Sache selbst verschwände als Rechtsobjekt".

Rose ist, die ich kultivire, wenn es auch ihr Geruch ist, dem ich huldige; wie es die Geige ist, die der Künstler besaitet, wenn es auch der Ton und nur der Ton ist, der ihn bezaubert. Von einem Rechte an einer ausgeschiedenen Gebrauchsfunktion kann daher ebensowenig die Rede sein, als von einem Rechte am Rosenduft und an dem Tone der Geigensaite; das Recht ist an der Sache selbst, und nur die Berechtigungsbefugnisse können auf ein gewisses Maß, eine bestimmte Art der Ausbeute beschränkt sein.

Ebenso unrichtig ist die Auffassung Dernburg's, wornach der Gläubiger selbst Usufruktuar oder sonstiger Servitutenberechtigter werde, mit dem Rechte, die Ausübung des Usufrukts pfandmäßig zu veräußern, bezw. durch pfandmäßige Distraktion eine neue entsprechende Realservitut in der Person des Erwerbers zu begründen. Diese Auffassung steht auf dem Boden des noch völlig unentwickelten Pfandrechts, auf dem Standpunkte eines Rechtssystems, welches das Pfandrecht als specifisches Recht noch nicht herausgebildet hat, sondern die Zwecke desselben nur durch Kombination anderer Rechtsfiguren erreichen kann, also eines Rechtssystemes, welches noch kein Pfandrecht, sondern nur ein Verpfändungsgeschäft, einen aus dinglichen und obligatorischen Elementen zusammengesetzten Pfandsicherungsvertrag kennt — m. a. W. auf dem Standpunkte der fiducia [1]). Wie bei der fiducia Eigenthum übertragen wurde mit der Treupflicht der Restitution, so wäre hier die Servitut begründet worden mit der obligatorischen Pflicht, nach Abzahlung der Forderung von der Servitut abzustehen und dieselbe aufzu-

1) Wie denn auch Huschke, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. XIV S. 231 Anm. 77, mit Recht bemerkt: „Fiducia ist ebensowenig ein pignus, wie ein depositum, sondern ein völlig selbstständiges Geschäft." Rudorff in der Z. f. R.gesch. XI S. 65: „Pfandfiducia ist Pfandrecht unter der Rechtsform des Eigenthums."



geben; also etwa, wie im Falle des fr. 56 §. 4 de V. O. und des fr. 1 de usu et usufr.: sub hac cautione ut — — restituatur. Vgl. auch Degenkolb, ein pactum fiduciae, in der Z. f. R.gesch. IX S. 145, Rudorff, über die bätische Fiduciartafel ib. XI S. 59 fg. 64 fg. [1]). So verhält sich aber die Sache nicht: der Gläubiger bekommt nicht ein fiduciarisches Servitutenrecht mit obligatio restituendi, sondern ein pignus: ein Ausbeuterecht, welches die Zweckbestimmung der Forderungsbefriedigung zum maßgebenden Faktor seines eigenen Wesens erhoben hat, so daß es nur in Erfüllung dieses Zweckes besteht und nach dessen Erledigung von selbst erlischt. Die Befriedigung der Forderung erzeugt nicht nur die obligatorische Verpflichtung zur Rücküberlassung des Sachgenusses, zum Verzicht auf die Servitut — sondern sie entzieht dem Rechte von selbst den Boden, auf dem es steht, sie zerstört das erste und wesentlichste Element seiner Existenz: das Recht ist an das Schicksal des Geldzweckes gebunden, dieser ist zur Bedingung seines Bestandes erhoben [2]).

---

1) Der fiducia ähnlich ist das langobardische und angelsächsische Proprietätspfand, die italische carta venditionis gegen contracarta, vgl. darüber Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 31 fg. 74 fg., Brunner in Goldschm. Zeitschr. XXII 546 fg. und Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde S. 193 fg. Dagegen ist das äußerlich ähnliche Recht der treuen Hand prinzipiell davon verschieden, vgl. Stobbe Z. für Rechtsgesch. VII S. 414, Baumeister, Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg I S. 206. 207, Lammer, das Recht der treuen Hand S. 10.

2) Natürlich soll damit nicht bestritten werden, daß auch nach dieser Richtung hin die fiducia benutzt werden konnte, um das Pfandrecht zu ersetzen, so daß man dem Gläubiger eine Servitut bestellte (durch in jure cessio, resp. wo möglich durch mancipatio) mit dem pactum fiduciae, daß er gegen Einzahlung der Pfandsumme die Servitut zurückübertragen (d. h. auf dieselbe verzichten) solle, vgl. auch Rudorff in Richters krit. Jahrb. VIII S. 323; allein dies wäre eben ein ganz anderes Geschäft, als das vorliegende. An solch' ein Geschäft hat man auch gedacht bezüglich der

So schon das klassische römische, so das heutige Recht: das Pfandrecht ist nicht mehr eine Kombination anderweitiger dinglicher und obligatorischer Rechte, deren Zweckbestimmung nur in der Kombination hervortritt, sondern ein neues, die Zweckbestimmung selbst in sich tragendes, durch seine eigenartige wirthschaftliche Tendenz eigenartig gestaltetes Produkt der Rechtsentwicklung. Und daß dieses für die Verpfändung der servitus constituenda gilt, wie für das Eigenthumspfand, geht auch schon aus der Ausdrucksweise der Quellen hervor, welche von pignus und hypotheca sprechen, während sie sonst nur von fiduciarischer Servitutenbestellung, von Servitutenbestellung mit einem pactum fiduciae, mit der obligatorischen Verbindlichkeit zur Restitution sprechen könnten [1]).

Ganz ähnlich verhält es sich ja auch mit dem pignus nominis; auch dieses involvirt keinen Forderungsübergang unter

---

Pompejanischen Inschrift C.I.L. nr. 1252: — — jus luminum opstruendorum HS CIↃ CIↃ CIↃ redemerunt parietemque privatum c. Ven. Cor. usque at tegulas faciundum coerarunt; selbst Bruns, fontes p. 220 bringt diese Stelle unter die Rubrik der Servituten; allein völlig unrichtig. Diese auf dem Venustempel zu Pompeji im Jahre 1818 aufgefundene Inschrift (Breton, Pompeja p. 59, Fiorelli, descrizione di Pompeji p. 240, Mau, Pompejanische Beiträge S. 93 fg.) spricht von keiner Servitut, das jus luminum opstruendorum ist nicht ein Recht, dem Nachbarn das Licht zu verbauen, — was jus luminibus opstruendi heißen müßte, Cicero, de domo 44 §. 115, Brutus 17 §. 66, und was weder zu der rechtlichen Natur des Tempels noch zu der Oertlichkeit passen würde, — sondern es ist das Recht, welches sich die Stadtgemeinde Pompeji erworben hatte, eine Thüre (lumina) des Venustempels zuzumauern, wie dies Nissen, Pompejanische Studien zur Städtekunde des Alterthums S. 221 fg., überzeugend nachgewiesen hat. Auf das interessante öffentlichrechtliche Verhältniß, welches diese Stelle aufweist, ist hier nicht einzugehen, jedenfalls aber ist sie bei Bruns p. 220 am unrechten Ort.

1) Göppert, Arch. f. civ. Prax. 49 S. 300 fg. konstruirt in unserm Falle eine Servitut, die aber so sehr von der Pfandforderung abhängig ist und ihre Schicksale theilt, daß sie geradezu in ein wirkliches Pfandrecht übergeht.



einer obligatorischen Treupflicht, nämlich unter der Pflicht, die Forderung nur innerhalb bestimmter Schranken und zu bestimmten Zwecken zu benützen, so daß eine andere Benützung derselben zwar als Verletzung der Treupflicht zur Entschädigung verpflichtete, aber als Ausübung eines legitimen Verfügungsrechts vollwirksam wäre; vielmehr ist der Pfandgläubiger nur innerhalb des Pfandzweckes überhaupt fähig, über das nomen zu verfügen; er kann dasselbe einziehen, aber nicht dasselbe erlassen oder noviren, und seine Verfügungsgewalt erlischt von selbst mit der Befriedigung der Forderung, zu deren Sicherung das Pfand bestellt ist [1]). Aber nicht nur negativ, auch positiv ist das Forderungspartialrecht von dem Pfandzwecke durchtränkt: denn, geht die Forderung auf Eigenthumsübertragung, so hat der Pfandgläubiger kein Recht auf Eigenthumsübertragung der Sache an ihn selbst, sondern nur ein Recht auf Ausantwortung des Besitzes, um dadurch Eigenthum an der Sache für den Forderungsberechtigten und Pfandrecht an der Sache für sich selbst zu erwerben: Repräsentant des Eigenthumserwerbs für den Forderungsberechtigten, Pfandrechtserwerber für sich selbst! welche Zweiheit nur bei der Geldleistung wegfällt, da ja der Geldpfandgläubiger, wenn er keinen Konkurrenten hat, sich durch sofortige Aneignung des Geldes, an welchem er pfandberechtigt ist, befriedigen kann. Vgl. hierzu auch deutsche C.P.O. §. 716. 736. 746. 747. 750—752 [2]). Das pignus nominis gewährt daher ein eigenartiges, tendenziös gestaltetes und insbesondere tendenziös beschränktes Forderungspartialrecht, welches sich zum Forderungsvollrecht verhält, wie Sachpfand zu Eigenthum. Und verfolgen wir dieses Partialrecht näher, so werden wir sagen, daß es ebensowenig ein Sachenrecht ist, als das Forderungs-

1) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 154 fg., welcher nur den positiven Charakter dieses Forderungspartialrechts nicht scharf charakterisirt.

2) Vgl. auch Sohm, subpignus S. 49.

recht, welches ihm als Folie dient, ja ebensowenig ein absolutes Recht, als dieses, sondern ein relatives Recht, ein Recht, bei welchem das Genußgut erst durch die vom Rechte garantirte Obligationsleistung des Schuldners hergestellt werden soll. Wie es aber ein relatives Vollrecht an der Leistung gibt, so gibt es auch ein relatives Theilrecht, so einen s. g. usus fructus nominis [1]), und so auch ein solches relatives Theilrecht, dessen Partialität gerade darin besteht, daß es den Zweck der Gelderzielung in sich aufnimmt und ihn zu einem bestimmenden, beschränkenden Faktor seines Wesens macht. Man sollte daher allerdings weder von usus fructus noch von pignus nominis sprechen, ebensowenig als von einem Eigenthum an der Forderung, da hier überhaupt keine Sachenrechte, daher auch weder Eigenthum noch Usus fruct, noch Pfandrecht vorliegt, sondern nur Relativrechte, welche sich aber hinsichtlich des geschützten Genußgehalts zu einander verhalten, wie Eigenthum zu Ususfrukt und Pfandrecht; es sind Analogierechte, deren Aehnlichkeit mit den entsprechenden Sachenrechten in dem qualitativen Maßstabe der Beschränkung des Genußrechts, in den entscheidenden wirthschaftlichen Zweckmomenten beruht, nach welchen die Genußrechte abgestuft sind. Daß das röm. Recht in Geltendmachung dieser Theilrechte mit utiles actiones operirte, fr. 20 de pign. vgl. auch fr. 18 pr. de pign. act., c. 7 de hered. vel act. vend., beweist nicht etwa, daß im römischen Rechte das Forderungsvollrecht auf den Pfandgläubiger überging [2]); denn was konnte nicht alles der Prätor durch das wunderbare Hülfsmittel der Fiktion und der subjektiven Umstellung bewirken? er konnte mit ihnen gerade alles und jedes: die Fiktion und die subjektive Umstellung waren die archimedischen Standpunkte, von welchen aus der Prätor das

1) Vgl. auch Mansbach, Nießbrauch an Forderungen S. 55 fg.
2) Vgl. hierüber auch Schmid, Grundlehren der Cession I S. 114 fg.

ganze jus civile aus den Fugen heben konnte. Gebt mir ein Jahr lang die Fiktion, konnte er sagen, und ich will die Besitzverhältnisse des ganzen Reiches verschieben, den ganzen Rechtszustand von unten nach oben und von oben nach unten kehren [1]). Die utilis actio konnte daher der juristische Hebel für die mannigfaltigsten Rechtsaktionen, für Vollübertragung wie für Partialübertragung sein; eine Vollübertragung des Forderungsrechtes auf den Pfandgläubiger kann aus diesem Aktionsmittel nicht erschlossen werden.

Doch kehren wir zu unserm Sachpfand mit qualitativ beschränkter Ausbeutungsbefugniß zurück. Die Konstruktionen Büchels und Dernburg's sind also verfehlt. Von der reichen Zahl der sonstigen unhaltbaren Konstruktionsversuche soll nur noch der eine Versuch berücksichtigt werden, welcher aus dem Lager der Kämpfer für Rechte an Rechten herrührt. Unser Pfandrecht soll ein Pfandrecht sein an der „Summe von Befugnissen, welche den Inhalt der Servitut ausmachen", Sohm, subpignus S. 32, oder ein Pfandrecht an dem Eigenthumsrechte der Sache mit der Befugniß, „das Eigenthumsrecht in einer gewissen Weise auszuüben, nämlich kraft desselben eine Servitut an der Sache zu bestellen", Bremer, Pfandrecht und Pfandobjekte S. 202 vergl. auch S. 51 fg. Diese Konstruktion, welche zwischen Pfandrecht und Sache einen allerdings leicht zu durchbohrenden Schleier einschiebt, sofern nicht die Sache, sondern das die Sache umhüllende Eigenthum oder die sie umhüllende Summe von Befugnissen Gegenstand der Verpfändung wäre [2]), ist ebenso hinfällig, wie die ganze Theo-

---

1) Vgl. Cicero in Verrem II 2, 12 §. 31.

2) Hiergegen auch Gucino, concetto del diritto di pegno in Sampolo's Circolo giuridico VI p. 147: Volle il Bremer troppo idealizzare e col suo sistema del diritto sopra un diritto, così assolutamente insegnato pose sul letto di Procruste il concetto del diritto di pegno — —.

rie von den Rechten an Rechten; eine Theorie, welche gerade in unserer Anwendung zu der exorbitanten Konsequenz führt, daß durch Dereliktion des Eigenthümers alle Pfandrechte an der Pfandsache erlöschen müssen, da ja das angebliche Objekt des Pfandrechts, das Eigenthum und die Summe der in ihm enthaltenen Befugnisse zusammenstürzt, und damit das Pfandrecht sich mangels des Objektes in luftigen Nebel auflösen muß! In der That wird diese Konsequenz von Bremer a. a. O. S. 152 gezogen. Mit dieser Konsequenz ist aber die ganze Theorie von selbst gerichtet: es genügte, sie in Praxis zu setzen, um dem ganzen Realkredit mit einem Schlage den Todesstoß zu geben: Auf eine so luftige Unterlage würde kein Kapitalist auch nur eine Handvoll seiner blanken Goldstücke legen — — denn, was heißt es anderes, als daß der mit Pfandrechten beschwerte Eigenthümer nur sein Eigenthum preiszugeben braucht, um alle Pfandrechte sofort in den Wind zu wehen! und dies ein Eigenthümer, für welchen das durch und durch belastete Eigenthum doch keinen Eigenwerth mehr hat, dem das Gespenst der Subhastation bereits mit beiden Armen winkt! Und da sollte vielleicht noch die Pauliana einige Abhülfe bieten, allein diese ist keine Sicherung für die Hypothekarier — und wie, wenn der derelinquirende Eigenthümer nicht selbst der Schuldner ist, sondern ein Dritter! Wehe dem Pfandgläubiger, wehe der Hypothekenanstalt! eine einzige schlanke Dereliktion, und die Tausende sind dahin! Gibt der Eigenthümer seinem Eigenthum den Abschied, so müßt auch ihr eurem Pfandrechte Valet sagen!

Ist daher diese Lehre praktisch zu verwerfen, so ist sie auch von spekulativem Gesichtspunkte aus haltlos. Vergeblich hat neuerdings Hartmann in der krit. V.schrift N. F. III S. 546 den

Der gleichen Ansicht, wie Bremer, ist Carabelli, il diritto ipotecario I ch. II §. 13 nr. 1 fg., II ch. II §. 65 nr. 5. den ich übrigens nur nach den Allegaten von Gucino a. a. O. p. 142 citiren kann.

Begriff des Rechts am Recht noch zu halten versucht, in Anlehnung an die allerdings sehr richtige Konstruktion des Rechts, als eines geschützten Interesses, eines geschützten Genußgehaltes; vergeblich: mein Interesse, mein Betheiligtsein an einem bestimmten Genußobjekte kann nicht wieder das Genußobjekt für einen Andern bilden: entweder darf ich genießen oder ein Anderer, entweder liegt der Salm auf meinem Teller oder auf dem meines Nachbarn, entweder schmilzt er unter meinem Gaumen oder unter dem meines Tischgenossen. Die Affektion meiner Geschmacksnerven ist mein und bleibt mein, sie kann keine Jurisprudenz der Welt auf den Gaumen eines Andern hinüberlegen. Uebertragbar ist nur das Genußobjekt, nur der Salm, den ich dem Nachbar präsentire. Ist aber mein Genuß an sich nicht übertragbar, so wird er dadurch nicht übertragbarer, daß er von dem Rechte geschützt wird, daß das Recht mir denselben garantirt, ihn gegen Beeinträchtigung sichert; und ist mein Genuß nicht übertragbar, so natürlich auch nicht das Verhältniß meines vom Rechte geschützten Genießenkönnens, mein geschütztes Betheiligtsein an der Sache, mein Interesse. Die Vertheidiger der Rechte an Rechten hätten zuerst die große Kunst zu erfinden, die Geschmacksempfindungen mittheilbar zu machen, wobei sich dann allerdings ein Genuß über den andern und damit ein Genußrecht über das andere aufstaffeln ließe. Einstweilen wollen wir die Rechte an Rechten als schönen Traum der Zukunft der Menschheit widmen, welche vielleicht auch einstens ein Mittel der sympathetischen Mittheilbarkeit der Genüsse erfindet! Goldene Jurisprudenz der Zukunft, die du über Genuß an Genuß, über Recht am Rechte verfügst! Wie sehr bedauern wir, dich heute noch zu entbehren! Doch, um auf die heutige Wirklichkeit zu kommen: es handelt sich also nicht um ein Recht am Recht, sondern um ein Recht an der Sache mit qualitativer Beschränkung, und zwar um ein Recht, welches

sich als direktes Genußrecht, wie als Veräußerungsrecht manifestiren kann. Bevor wir aber hier weiter fahren, wird es förderlich sein, in den folgenden Abhandlungen einige prinzipielle Darlegungen über das Pfandrecht überhaupt und über das Nutzpfand insbesondere folgen zu lassen, deren Tragweite allerdings weit über die Probleme hinausragt, von welchen wir ausgegangen sind.

§. 5.
Wesen des Pfandrechts.

Das Wesen des Pfandrechts besteht in der Berechtigung, durch Verwerthung eines bestimmten Gutes einen bestimmten Werth in sein Vermögen zu bringen; ihm eigen ist die Verbindung des Sachenrechts mit einem bestimmten Werthfaktor, ihm eigen die auf einen bestimmten Werth zielende Funktion des Sachenrechts: Das Sachenrecht ist dem Werthzwecke dienstbar gemacht [1]). Es ist dieses der Springpunkt des Pfandrechts, welcher immer und immer wieder dazu verleitet hat, das Pfand zu personifiziren und das Pfandrecht als obligatio rei zu gestalten; am eingehendsten Büchel, Natur des Pfandrechts, in seinen civilrechtlichen Erörterungen I, vgl. hiergegen Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 79 fg. Diese Konstruktion verkennt aber vollkommen, daß, was bei der Obligation den Inhalt einer der Person obliegenden Leistung bildet, bei dem Pfandrechte den Endzweck des an dem Pfande bestehenden Ausbeutungsrechtes darstellt; bei der Obligation hat

1) Auch die anderen Rechte haben natürlich ihre Zwecke, allein diese sind regelmäßig nur in beschränktem Maße zu Bestimmungsfaktoren für den Rechtsumfang geworden; sie sind nicht so prinzipal, durchgreifend, wie beim Pfandrecht. Am nächsten kommen demselben die Realservituten. Auch das Eigenthum dient seinen Zwecken, allein es sind dies allgemeine unbestimmte Lebenszwecke, kein typischer Einzelzweck, wie beim Pfandrecht. Uebertreibend Sohm, subpignus S. 25 und passim.



der Schuldner zu leisten, bei dem Pfande holt sich der Gläubiger sein Geld selbst; vgl. hiergegen auch Sohm, supignus S. 13 f.[1]). Gemeinhin wird dieser zweckbestimmende Werth ein geschuldeter sein, d. h. es wird eine Obligation irgend einer bestimmten oder unbestimmten Person auf diesen Werthbetrag bestehen, so daß das Pfandrecht zur Erfüllung einer Obligation behülflich ist. Nothwendig aber ist diese Verbindung nicht; es ist denkbar, daß kein rechtliches Soll gegen irgend eine Person auf Leistung besteht, und daß dennoch ein solches Recht auf Werthbezug aus einer Sache vorhanden ist; daß Niemand auch nur den leisesten Hauch einer rechtlichen Vorschrift verletzt, wenn er völlig passiv bleibt, und daß der Gläubiger doch aus der Sache sich einen bestimmten Werth herausziehen darf[2]). Das Röm. Recht behalf sich hier mit der naturalis obligatio; die Vieldeutigkeit des Begriffes ermöglichte es, einen konstruktiven Anhalt zu bieten, der allerdings nur solange durch Illusion täuschen kann, als man nicht erkannt hat, daß keine Obligation ohne irgend ein recht-

---

1) Eine geistreiche Persiflage der obligatio rei und der Personifikation des Pfandes ergibt sich aus Martial. Epigr. XII 25:

Cum rogo te nummos sine pignore, „non habeo“, inquis,
Idem, si pro me spondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri, Telesine, sodali,
Credis coliculis arboribusque meis.
Ecce, reum Carus te detulit: assit agellus.
Exilio comitem quaeris? agellus eat.

2) Vgl. auch Sohm in Grünhuts Zeitschr. V S. 6 fg. Indeß hat die Ansicht, daß jedes Pfandrecht ein accessorisches sei, allerdings eine tiefere Grundlage, als Sohm annimmt: es ist die Idee von der Zweckfunktion des Pfandes, von seiner Bestimmung als Mittel zur Erreichung eines Werthertrāgnisses, eine Idee, welche sich historisch zuerst in dem Satze kundgibt, daß das Pfand einem Forderungsanspruch zu dienen habe. Vgl. auch Bähr in Ihering's Jahrb. XI S. 50 fg. Daß ein Werthzweck nicht nothwendig ein Forderungsbefriedigungszweck ist, hat Schott in seiner sonst äußerst fördernden Abhandlung in Ihering's Jahrb. XV S. 6 fg. nicht genügend berücksichtigt. Unrichtig Bruns in Holtzend. Encyclop. I S. 400.

liches Soll, ohne ein an irgend eine Person gerichtetes Pflichtgebot möglich ist, welches Pflichtgebot zwar nicht nothwendig den rechtlichen Zwang provozirt, aber doch in irgend einer Weise von dem Rechte berücksichtigt wird. Wo aber kein rechtliches Soll vorhanden ist, wo auch nicht der leiseste Antrieb des Pflichtgebotes, da kann von einer auch nur naturalen Obligation keine Rede sein; und wenn Paulus zu dem Satze die Zuflucht nimmt: remanet propter pignus naturalis obligatio, so zeigt er damit von selbst, daß dies eine künstliche Krücke ist.

Es gibt denn auch eine Reihe von Fällen, wo ohne die Annahme einer selbstständigen Hypothek schon nach dem gemeinen Rechte nicht auszukommen ist, so namentlich im Falle der Eigenthümerhypothek, welche aber nur im Zusammenhang mit der ganzen Lehre von den Rechten an eigener Sache zu entwickeln ist; vgl. insbesondere Jhering, Jahrb. X S. 452 ff. Nur der Fall der c. 1 si antiquior cred. pign. vend (8, 19 [20]) sei hervorgehoben, wo der erste Hypothekargläubiger das Pfand von dem Schuldner in solutum annimmt und wo dem Nachpfandgläubiger der Bescheid gegeben wird: ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. Hier ist absolut nicht ohne selbstständiges Pfandrecht auszukommen, da die Forderung durch datio in solutum getilgt ist. Aehnlich in den Fällen des fr. 17 qui potior. und der c. 3 de his qui in priorum (8, 18 [19]) [1]. Außerdem kann-

1) Ungesund und gezwungen ist die Erklärung der c. 1 cit. von Buchka, Hypothek des Eigenthums S. 32 fg. Es soll entweder an eine datio in solutum für eine andere Schuld gedacht werden, woran aber angesichts der Stelle Niemand zu denken geneigt sein wird — denn der Ausdruck debitum est statt debitum erat drückt nur sehr prägnant das fortbestehende Werthrecht des creditor aus — oder es soll die Entscheidung dadurch erklärt werden, daß durch den Eviktionsakt des Nachpfandgläubigers die, durch datio in solutum getilgte, Forderung des ersten creditor wieder

ten die Römer ein ganz besonderes Rechtsinstitut, welches nur als ein Pfandrecht ohne Forderung zu erklären ist, nämlich das Verhältniß dessen, welcher einen gefangenen Freien loskauft, zu dem Losgekauften, dem redemtus. Der Loskäufer hat ein pfandrechtartiges Recht an dem jure postliminii Freigewordenen, bis derselbe sich einlöst, oder die Einlösungssumme abverdient hat, c. 20 de postlim. (8. 50 [51]), fr. 20 §. 1 qui test. fac. Aber er hat kein Forderungsrecht gegen ihn, denn der Akt des Loskaufs aus der Kriegsgefangenschaft erzeugt gegen den zur Zeit des Loskaufs noch Unfreien kein obligatorisches Verhältniß, Bachofen, Pfandrecht S. 274 fg.[1]), — also das reine abstrakte, selbstständige, forderungslose Pfandrecht, wie man es in unsern Tagen in der Gestalt der Grundschuld zu erwecken versucht hat; nur daß die römische Bildung eine durch die höchsten konstruktiven Schwierigkeiten künstlich hervorgetriebene Kraftleistung ist, während die Grundschuld zum regelmäßigen Brod des täglichen Lebens bestimmt ist, und was dort der rechtlichen Konstruktion abgetrotzt wurde, nunmehr absichtlich zur Erleichterung der Negoziation der Pfandwerthe in freigebigstem Maße verwendet wird. Vgl. insbesondere auch Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 53 fg., Goldschmidt, deutsche Hypothekenbanken S. 57 fg.

Nur darf man nicht mit Bremer zu der Konstruktion greifen, daß man die Bestellung einer puren Grundschuld ge-

---

auflebe; dies würde aber voraussetzen, daß der creditor bei der datio in solutum von dem Nachpfande keine Kenntniß hatte, und es würde daher, je nach der Kenntniß des ersten Pfandgläubigers im Momente der datio in solutum, der Nachpfandgläubiger in die erste Stelle einrücken oder nicht! Vgl. auch fr. 38 §. 5 de solut. und Buchka ebenda S. 113, Schott a. a. O. S. 52 fg.

1) Man hätte an eine negotiorum gestio denken können, fr. 18 §. 5, r. 19, fr. 20 pr. neg. gest., Hase, jus postliminii S. 112 fg., Bechmann, das jus postliminii S. 69 fg. Allein ein objektiver Vermögensbehandlungsakt liegt hier nicht vor, ebensowenig eine Interessenverknüpfung, wie in fr. 20 pr. cit.



gen Hingabe des Kapitals als einen Kauf der Grundschuld gegen die Kapitalsumme komponirt; dieses ist gerade so verfehlt, wie die Konstruktion des Rentengeschäfts als eines Kaufs der Rente gegen das Kapital: Mit dieser Konstruktion ist die wirthschaftliche Natur des Geschäfts ebenso wenig charakterisirt, als wenn man das Darlehen als den Kauf einer verzinslichen Forderung gegen Baargeld konstruiren wollte. Vielmehr handelt es sich in allen diesen Fällen um eine Kapitalanlage, um eine Kapitalhingabe gegen etwaigen Rückbezug von tantundem mit oder ohne Zeitlohn, also um Darlehen und darlehensähnliche Kreditgeschäfte.

Uebrigens wird die römische Fiktion einer naturalis obligatio deßhalb nicht zu erheblich falschen Resultaten führen, weil ein selbstständiges Pfandrecht wegen des ihm innewohnenden Wertherzeugungszweckes doch insofern der Obligation gleich zu behandeln ist, als durch Leistung der Summe, oder was ihr gleich steht, der Zweck des Pfandrechts erfüllt und damit das Pfandrecht ertödtet wird, und als eben wegen dieses Werthzweckes, welchem das dingliche Recht unterthänig ist, ein solches Hypothekenrecht nach dem bezweckten Werthe zu kategorisiren und daher unter die beweglichen Rechte einzureihen ist; wie ja denn auch im römischen Falle des redemtus sowohl eine Uebertragung des Rechts (cessio juris) vorkommt, fr. 19 §. 9 de captiv., als auch Zahlung und Erlaß der Einlösungssumme und damit Untergang des Pfandrechts, fr. 21 pr. de capt., fr. 3 §. 3 de hom. lib. exhib., c. 2, 6, 11 und 17 de postlim. (8, 50 [51]), Bachofen S. 274, Hase, jus postliminii S. 175 f., 182 fg.

Mit dieser Darlegung der Möglichkeit eines absoluten Pfandrechts ist indeß die Bemerkung zu verbinden, daß ein solches erst in Zeiten starker Rechtskultur hervortreten wird, und zwar zuerst als Forderung der aequitas in einzelnen Fällen, erst

4*

später als bewußt ausgebildetes Institut [1]). Dem naiven Volksgeist wird kein Schluß näher liegen, als daß, wer aus der Pfandsache sich einen Geldwerth erholen darf, auch einen Geldwerth zu fordern haben müsse; daher wir vorgreifen würden, wollten wir etwa zur Konstruktion altgermanischer Institute die Grundschuld herbeiziehen; die reichhaltige urkundliche Ueberlieferung, auf die wir alsbald zurückkommen werden, zeigt denn auch, daß man im deutschen Rechte der Verbindung von Forderung und Pfand stets eingedenk war; vgl. z. B. holländische Urkunde v. 1269, Oorkondenboek van Holland en Zeeland I 2 nr. 194 p. 86: ipsi — ducentas libras Hollandenses ad (dotem) dicte Aleidis promisimus conferendas, et pro solutione dicte pecunie eidem obligavimus decimas segetum et minutas decimas, oder die Urkunde in Kraut, Grundriß §. 123 Nr. 35, und unzählige andere.

Bei dieser ganzen seitherigen Deduktion ist von dem Pfandrecht als einem dinglichen Rechte, als dem Rechte, das Sachgut nach seiner Werthqualität zur Erreichung eines Geldzweckes zu verwenden, ausgegangen worden; nun ist es aber erst noch die Frage, ob wir bei dieser Voraussetzung nicht in einem naiven Wahne befangen waren, welcher bei näherer Reflexion schwinden muß. Ist unser modernes Hypothekenrecht wirklich noch ein jus in re [2]), ist es nicht zum Forderungsrecht, zwar nicht gegen die Sache, aber gegen den Eigenthümer der Sache herangereift? Es gibt in der heutigen Wissenschaft eine Tendenz, die Rechtsinstitute möglichst weit von ihrem wirthschaftlichen Boden abzulösen, um sie in möglichster Freiheit und Ungezwungenheit sich auftummeln zu lassen, wie in einer Familie, in welcher keines die Zeit erwarten kann, wo es flügge wird. Dieser Tendenz ist nicht jede Berechtigung abzusprechen; ein allzu naher Zusammenhang der

1) Vgl. auch v. Bar im Arch. f. civ. Prax. B. 53 S. 368.

2) Vgl. zum Folgenden auch Roth, Arch. f. civ. Prax. B. 62 S. 6 f.

Rechtsindividuen mit ihren wirthschaftlichen Ausgangspunkten, so daß, wie bei einer Salpenkette, ein einziger Schlag die ganze Reihenfolge rechtlicher Gebilde trifft, ist bei komplizirten Verkehrsverhältnissen, bei rasch wechselnden Strömungen des Verkehrslebens verderblich, weil unaufhörlich die ganze Reihe und damit jedes einzelne in Mitleidenschaft gezogen wird. Allein eine solche Individualisirung und Vereinzelung der Rechtsverhältnisse ist doch nur innerhalb gewisser Gränzen statthaft, weil sonst die Rechtsinstitute aus dem organischen Zusammenhang gerissen, ihrem natürlichen Boden entfremdet, zu leblosen Schattengestalten herabsinken. Daß nun das Wesen des Pfandrechtes in der Bestimmung der Sache zur pekuniären Werthbefriedigung liegt, daß es die in der Sache selbst liegende Werthqualität ist, welche dem Gläubiger zur Befriedigung überwiesen wird, daß mithin das Pfandrecht eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen Person und Sache darstellt und somit ein dingliches Recht ist, sollte nicht bestritten werden; wie dies denn auch praktisch hervortritt, wenn die Sache herrenlos wird, wie es hervortritt, wenn, falls der Eigenthümer oder sonstige Besitzer die Sache deteriorirt, der Pfandgläubiger das Veto einlegt; wie dies aber besonders in der Konsequenz hervortritt, daß das erste Pfandrecht dem zweiten, daß das bei dem ersten Eigenthümer begründete Pfandrecht dem bei dem zweiten Eigenthümer begründeten vorgeht, und daß das einmal bestehende Pfandrecht von künftigen Belastungen der Sache durch Servituten und dgl. unberührt bleibt [1]). Die Auffassung, welche in dem Pfandrecht eine lediglich obligatio in rem scripta gegen den Eigenthümer der Sache erblickt, so daß die Verbindung mit der Sache lediglich ein die Sachlegitimation bestimmender Nebenpunkt und der Zugriff zur Sache lediglich eine exekutive Realisirung der gegen

1) Hierüber treffend Dernburg, preuß. Privatrecht (2. Aufl.) I S. 731 fg.

den Eigenthümer der Sache gerichteten Forderung wäre, löst sich von der natürlichen Zweckbestimmung des Pfandes los, und kann die obigen Erscheinungen gar nicht oder nur halb erklären. Der Hauptgrund, welchen man für diese Annahme geltend macht, ist der, daß im heutigen Rechte das Pfandklagebegehren in erster Reihe auf Geldzahlung selbst gerichtet werde, und daß nach der durchgängigen Lebensanschauung die Zahlung nicht als eine facultas alternativa betrachtet werde, um den Zugriff zur Sache abzuschneiden, sondern als die primäre Verpflichtung des Pfandeigenthümers, bei deren Nichterfüllung per executionem der Zugriff auf die Sache stattfinde. Indeß, ob hier mehr, als eine bloße teleologische Lebensmeinung, ob hier eine wirkliche Rechtsüberzeugung vorliegt, ist sehr die Frage; es wird sich daran zu erproben haben, ob das Leben auch geneigt ist, die Konsequenzen zu ziehen, z. B. daß der Eigenthümer der Pfandsache durch Mahnung in Mora versetzt werde und die Folgen der Mora trage u. s. w.[1]). Nimmt man aber auch alles dieses an — wozu m. E. keine Nöthigung vorliegt, denn auch die Eigenheiten der Grundschuld erklären sich wohl durchgängig bei der Annahme eines selbstständigen dinglichen Pfandrechts, ohne daß es einer Umstülpung des Pfandrechts zur obligatio in rem scripta bedürfte, — so wäre es doch doppelt falsch, ein dingliches Recht zu leugnen. Vielmehr wäre dann zwar eine obligatio in rem scripta begründet, aber eben damit verbunden ein dingliches Pfandrecht, ohne welches auch hier nicht auszukommen ist. Denn, wie wäre im Falle mehrerer obligationes in rem scriptae die Konkurrenz zu lösen? Wäre aus der bloßen Thatsache mehrerer gegen denselben Eigenthümer gerichteter Obligationen ohne jeden dinglichen Anhalt

1) Das müßte sein, da die Haftung des Hypothekeneigenthümers keine bloß accessorische, adjecticische wäre; und auch bezüglich dieser vergl. Mandry, Familiengüterrecht II S. 306, Hasenbalg, Bürgschaft S. 280 fg.



ein Vorzugsrecht nach dem Datum der Forderungen zu entnehmen? Nimmermehr, erst die dingliche Beziehung zur Sache präkludirt ein und für allemal jeden künftigen Prätendenten, welcher mit dem ersten Pfandrechte in Widerspruch tritt [1]). Die pure actio in rem scripta dagegen würde zu Resultaten führen, wie solche die Römer in fr. 14 pr. de nox. act. richtig ausgesprochen haben: Si quis a multis conveniatur ex noxa ejusdem servi — — non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. — — Et verius est occupantis meliorem esse conditionem. Ei itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit — — ganz richtig, denn in dem Wesen der Obligation liegt ein Vorgangselement nach der Zeitfolge nicht enthalten [2]).

Dies wäre sofort offenbar gewesen, hätte man sich nicht durch eine in den römischen Quellen ausführlicher behandelte Spezies der obligatio in rem scripta, durch die actio quod metus causa beirren lassen. Allein diese actio quod metus

1) Das gilt auch gegen Ehrenberg, beschränkte Haftung S. 439 fg. Derselbe verfällt bei seinen Konstruktionen mehrfach in die falsche Bahn, die didaktischen Interessen mit denen der wissenschaftlichen Systematik zu verwechseln. Im Unterricht wird der Lehrer vielfach der Faßlichkeit zu lieb von dem wissenschaftlichen Systeme abzugehen haben, denn das wissenschaftliche System ist nur dem faßbar, der bereits in die ersten Grade des wissenschaftlichen Geheimdienstes eingeweiht ist; ganz ebenso, wie man den botanischen Unterricht nach dem System von Linné zu beginnen pflegt, nicht nach dem von Jussieu, Decandolle u. s. w. Uebrigens liegt der Hauptwerth des Werkes in den vortrefflichen Ausführungen im Einzelnen, in der äußerst belehrenden Detailentwicklung, nicht in den allgemeinen Deduktionen, welche mannigfach anfechtbar sind.

2) Ueber fr. 14 cit., in Verbindung mit fr. 1 §. 1 und fr. 2 si ex noxali causa, vgl. auch Bekker, Aktionen I (Beilage k) S. 363, welcher eine Rangirung in der Art, daß der jüngste Noxalgläubiger zuerst kommt, für rationell hält. Vgl. übrigens auch die Analogie der actio de peculio, und auch der actio tributoria, Mandry, Familiengüterrecht II S. 392, 430.



causa, welcher sich der Prätor zur Erzwingung der Wiedereinsetzung des widerrechtlich Genöthigten in seinen früheren Zustand bediente, richtete sich nicht nur gegen den Eigenthümer der Sache, sondern gegen jeden, welcher der Restitution des metu coactus in den Weg trat, gegen jeden, welcher zu dessen Restitution nicht die von dem Rechte verlangte Hülfe bot, vgl. z. B. die Entscheidungen in fr. 9 §. 8, fr. 10 pr. q. m. c. und vgl. auch die Ausführungen von A. Schmidt, civilistische Abhandlungen S. 14 fg., 16, 21 [1]). Es können daher aus dieser Art der in rem skribirten Obligation nur mit Vorsicht Schlüsse gezogen werden auf eine obligatio in rem scripta, welche nicht gegen jede, einem bestimmten Zwecke widersprechende, Person, sondern nur gegen den Eigenthümer einer Sache, und nicht auf Restitution, sondern auf Geldzahlung gerichtet ist.

Es hat nun zwar Sohm, Grünhuts Zeitschr. V S. 32, den Versuch gemacht, die Priorität nach Maßgabe der Zeitfolge auch von dem Standpunkte der obligatio in rem scripta zu erklären durch Herbeiziehung des privilegium exigendi: der ältere Pfandgläubiger habe ein privilegium exigendi gegenüber dem jüngeren. Soll nun dieses privilegium exigendi nur ein Ausdruck sein für den Satz, daß der ältere dem jüngeren vorgeht, so ist damit nichts gewonnen; ist aber ein wirkliches

---

1) Derselbe Gedanke beherrschte das System der Noxalklagen, getreu dem Satze: Noxa caput sequitur. Zwar ging die actio noxalis direkt nur gegen Eigenthümer und bezw. bonae fidei possessor, fr. 11 de nox. act., fr. 27 §. 3 ad leg. Aquil., c. 21 de furt.; allein der Usufruktuar und der sonstige dinglich Berechtigte konnte gezwungen werden, entweder zur litis aestimatio beizutragen oder zur noxae datio durch Aufgeben seines Rechtes zu verhelfen, fr. 17 §. 1 de nox. act., fr. 17 §. 2 de usufr., fr. 27 pr. de nox. act., Zimmern, System der römischen Noxalklagen S. 230. Aehnlich verhält es sich mit den dinglich Berechtigten bei der cautio damni infecti, fr. 9 §. 4 u. 5, fr. 12, fr. 15 §. 24. 25 de damno inf. Auch diese Fälle sind daher nicht zur analogen Konstruktion einer in rem skribirten Geldklage ohne jede dingliche Grundlage zu verwenden.

privilegium exigendi, ein Konkursprivilegium, darunter verstanden, so muß gesagt werden, daß nichts einem wahren privilegium exigendi ferner steht als dieses: das privilegium exigendi ist ein in der Eigenschaft der Forderung oder des Forderungsgläubigers gegenüber andersgeeigenschafteten Forderungen oder Gläubigern begründeter Vorrang in der Befriedigung aus dem Konkurse, wobei, dem entsprechend, die Zeitfolge der Forderungen nicht in Betracht kommt, fr. 32 de reb. auct. jud.: Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. Denn daß Forderungen besonderer Qualität vor andern begünstigt werden, ist begreiflich; daß aber Forderungen gleicher Qualität lediglich wegen des Alters einen derartigen Vorrang genießen sollen, dafür spricht kein auch nur einigermaßen annehmbarer Grund — während es anderseits leicht begreiflich ist, daß das einmal festgesetzte dingliche Recht nicht einem späteren weichen muß. Und wie käme das privilegium exigendi dazu, dingliche Rechte, sofern sie nur später begründet sind, insbesondere Servituten, zu vernichten —, dieses privilegium exigendi, welches nur einen Vorgang in der Befriedigung der Gläubiger aus der gemeinsamen Masse gewährt! Und wenn Sohm endlich behauptet, daß die ältere Hypothek kein materielles Vorgangsrecht, sondern nur eine prozessualische Priorität genieße, so ist das völlig unrichtig: der ältere Hypothekargläubiger kann, wenn er das Grundstück zur Subhastation bringt, den spätern Usufruktuar vertreiben lassen; auch ist für dieses Vorgangsrecht, eben weil es ein materielles Recht ist, das jus rei sitae entscheidend — nicht das Recht des Konkursortes, selbst dann, wenn nach dem maßgebenden Konkursrechte die Hypotheken in den Konkurs gezogen werden. Wollte man anders verfahren, so wäre es um die Sicherheit des Realkredites geschehen!

Ganz ebenso sind auch die Reallasten nicht als pure obligationes in rem scriptae, sondern als obligationes in rem scriptae, verbunden mit pfandhafter Belastung des Grundstücks, zu konstruiren; der immerwährende Streit, ob dieselben als dingliche oder obligatorische Rechte zu verstehen seien, löst sich dahin auf, daß dieselben als obligatorische in rem scribirte Rechte mit dinglicher Pfandsicherung aufgefaßt werden müssen, welche dingliche Pfandsicherung sich nicht nur in dem Vorzug der Rente in der Befriedigung vor den Chirographengläubigern erweist, vgl. Stobbe, Zeitschr. f. deutsch. Recht XIX S. 207 und die dort cit. Belege, ferner in dem Vorgang der ältern Gült vor der späteren Gült und vor den später auf das Grundstück gelegten Pfandlasten [1]), sondern sich auch in dem Pfändungsrecht des

1) Ueber die Rangirung der Gülten und Renten nach dem Alter, so aber, daß der Vorbehaltszins allen vorgeht, vgl. Arnold, Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 123 fg., Heusler, die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten, Zeitschr. f. schweizerisches Recht VII S. 123, v. Wyß, die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, ebenda VII S. 20, und denselben, die Gült und der Schuldbrief, ebenda IX S. 18. Interessant ist in dieser Beziehung eine Stelle aus der alten Coutume von Amiens vom 13. Jahrhundert a. 76, in Thierry, recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état, première série I p. 172: chil qui ara seur l'yretage le premier chens c'on appelle le tresfons ou s'il avoit sur le lieu deus tresfonciers (Grundherrn) ou plus, à tresfonsiers, aussi bien à un comme à plusieurs l'yretage leur sera délivrés — et se chil qui les ont — voelent rendre as tresfonsiers leurs chens, l'yretages sera délivrés a cheli qui ara le premier chens seur l'yretage après les tresfonsiers — et ainsi sera-il ordenéement à tous chiaus qui chens i aront pardessous, si comme il sont maisné li uns de l'autre et convenra ke li deerains chensiers rende tout — — — also die nämliche Regelung, wie sie in Deutschland üblich war, daß der nachstehende Rentengläubiger die früheren Rentenschulden übernahm und sich dadurch den Besitz des Rentengrundstücks sicherte. Die cit. Stelle ist auch angeführt im Glossar von Du Cange (Ed. Henschel) s. v. treffundus. Ganz ähnlich besagen die Goslarischen Statuten (Göschen) S. 21 Z. 11: Gheyt ut emme huse tweyerleye tins oder dryerleye unde wert de untseten, de den lateren tins hevet, de scal den vorderen tins untweren binnen rech-

Gültherrn [1]) und in dem Rechte desselben auf Einweisung in den Genuß des Gutes zum Zweck der Selbstbefriedigung manifestirt, sowie in der, die Gülturkunden von Anfang bis zu Ende durchziehenden, Idee, daß die Gült nicht nur gelegenheitlich gerade eben dem Eigenthümer eines bestimmten Grundstückes obliege, sondern daß sie aus dem Erträgnisse des Gutes heraus, aus seinen wirthschaftlichen Ergebnissen heraus zu leisten sei, daß die Sicherheit der Gült in der Ertragsfähigkeit, in der wirthschaftlichen Triebkraft des Grundstückes wurzle. Also neben der obligatorischen Qualität die dingliche, letztere allerdings in anderer Art, als bei Duncker, Lehre von den Reallasten S. 61 fg. 67 fg.

Wenn man schließlich bezüglich der Hypothek auch noch darauf verwiesen hat, daß der Gläubiger nach modernem Rechte die Distraktion nur auf dem Wege der Exekution betreiben, sie nicht selbst in eigene Hand nehmen könne, so beweist dies gegen die dingliche Qualität des Rechts nicht das mindeste; im Gegentheil, die exekutive Veräußerung an sich ist ja überhaupt nur

---

ter tid of he wel, unde underwinde sek des huses. — — — Ne welde he des nicht don, so underwindes sek de den vorderen tins daran hebbe — unde si von den anderen ledich. Vgl. auch die bei Stobbe, Zeitschr. f. deutsch. Recht XIX S. 213, allegirte Urkunde, und die Entscheidung v. 1484 in den Monumenta Boica XXI 91 p. 245: dem nach und her Niclas brieff mit dem datum der ellter ist, so süll er umb sein verfallnen güllt und gellt vor gen; vgl. auch Auer, Stadtrecht von München S. CXXXV. Interessant ist insbesondere ein Züricher Moratorium von 1446 (Zeitschr. f. schweizerisches Recht IV (Abth. Rechtsquellen) S. 42: Wenn aber die Höf, Zechenden und die Güter in Buw und in Nutz koment, so sol dann je dem ersten sin zinse fürbashin zu dem ersten gelangen und im daran kein Abgang nit beschechen, dann ob die Güter zu iren alten Zinsen, die sy vor disem Krieg gulten hand, nit komen möchtint, so sol dem hindersten abgan und nit dem vordersten.

1) Vgl. z. B. Monumenta Boica XX p. 4, 5, 279, von Wyß, die Gült und der Schuldbrief in der Zeitschr. f. schweizerisches Recht IX S. 23 fg., wo auch der hierin sich manifestirende Pfandrechtscharakter der Gült treffend hervorgehoben wird.

als Ausfluß eines dem Gläubiger durch Pfändung oder Fronung erlangten dinglichen Rechts zu konstruiren: das pignus judiciale ist ein wahres pignus und die Distraktion geschieht kraft des dem Gläubiger erworbenen exekutiven Pfandrechts. Es war einer der größten Fortschritte des Exekutionsrechtes, als man die persönlichen Preßmittel aller Art — von der Verstümmelung und Fesselung des Schuldners an, bis zu dem über ihn verhängten Hausarrest, dem Dharnasitzen und der Overhöre, und bis zu der über ihn ergehenden Vermögenskonfiskation — verließ und sich durch Verwerthung von Vermögensstücken desselben d. h. durch die Hülfsmittel des Pfandrechts seine direkte Befriedigung verschaffte. Diese Entwicklung darzulegen, gehört der vergleichenden Rechtswissenschaft an, und besonders instruktiv und interessant ist es, die verschiedenen Stadien derselben und die verschiedenfach eingreifenden Faktoren zu charakterisiren, was einem andern Orte vorbehalten werden muß. Jedenfalls aber kann das Pfandrecht nicht negirt werden, weil es in der Form der Exekution vor sich geht; es wäre gerade so, als wollte man die Mutter läugnen, weil sie im Gewande der Tochter erscheint.

Allerdings hat dieses Gegenargument bei Sohm in Grünhuts Zeitschr. V S. 28 fg. eine neue Wendung erhalten. Im Anschluß nämlich an seine Theorie von der Ohnmacht des Obligationenrechts, welches nichts aus sich vermöge, sondern nur den Staat zu einem öffentlichrechtlichen Einschreiten veranlasse, schließt er aus der Nothwendigkeit der gerichtlichen Ausübung der Hypothek auf die Ohnmacht des Hypothekenrechts, welches gleichfalls nur eine öffentlichrechtliche That des Staates, die Exekution erzeuge. Diese ganze Lehre von Macht und Ohnmacht ist ein Mißgriff; sie zeigt, wie dieser großartige historische Forscher auf dem Gebiete der Dogmatik in Gefahr geräth, seinen Scharfsinn in unfruchtbaren und ungesunden Antithesen zu verschwenden. Wenn man von Ohnmacht der Obligation spricht, weil die Selbst-

hülfe ausgeschlossen ist, so müßte man ebenso von Ohnmacht des Eigenthums sprechen, weil der Eigenthümer seine Sache nicht eigenmächtig aus dem Besitze des Dritten wegnehmen darf, sondern der öffentlichen Macht bedarf, um seine Sache zurückzuerlangen. Sohm geht überhaupt von einem so schroffen Gegensatze des privaten und öffentlichen Rechts aus, wie er in der That nicht existirt. Das öffentliche Recht hat in seiner Anwendung als Prozeßrecht die Zwecke des Privatrechts zu realisiren; der Prozeß ist ein Organismus, welcher sich dem Privatrechte zu Diensten stellt. Daher ist der Privatberechtigte, zu dessen Befriedigung der öffentliche Apparat auf sein Anrufen arbeitet, ebensowenig ohnmächtig, als der Millionär, dessen Gold ihm alle Genüsse der Erde eröffnet, als der Fabrikant, der nur eines Griffs bedarf, um sofort 1000 Pferdekräfte in Bewegung zu setzen. Man wird mir im Anschluß an die neuesten Debatten über die Natur des Prozesses erwidern, daß der Gerichtsorganismus einem Jeden, nicht bloß dem Berechtigten zu Gebote steht, daß ein Jeder klagen kann, und daß sehr häufig ein Nichtberechtigter eine vorläufige Vollstreckung erlangt. Richtig, allein in diesem Falle trägt der Apparat seine Korrektur in sich selbst, indem eben dann seine Funktion eine leere, fruchtlose bleibt, wie bei einem Maschinismus, bei welchem kein Material eingeschüttet wurde, wie bei einer Schießwaffe, welche ungeladen war. Man wird mir erwidern, daß das richterliche Urtheil auch in letzter Instanz unrichtig sein kann — allein dann ist eben hiermit eine Aenderung des materiellen Rechts eingetreten, das materielle Recht kraft unabwendbarer Bestimmung der Rechtsordnung ein anderes geworden. Das, was bei dem gerichtlichen Organismus den Erfolg bereitet, ist das materielle Recht, welches in denselben eingegossen, das Geschoß, welches in denselben eingeladen wird. Das materielle Recht ist es daher, welches in den gerichtlichen Operationen das wirksame, das erfolgkräftige, das mäch-

tige ist. Vgl. auch meine Abhandlung in der kritischen Viertelj.-schr. N. F. III S. 382, wo ich auch auf die, durch bloße Privatwillkür der Parteien errichtete, exekutorische Urkunde verwiesen habe, welche gerade auf dem Gebiete des Hypothekenrechts eine reiche Zukunft hat, vgl. §. 706 CPO.

Ist aber diese ganze Theorie von der Ohnmacht des Privatrechts, welches nur bis zur Schwelle des öffentlichen Rechts gelangte und dann Halt machte, widerlegt, so widerlegen sich damit von selbst alle die Folgerungen, welche Sohm hieraus gegen die Dinglichkeit des Hypothekenrechts ableitet.

Was man endlich aus der angeblichen eigenartigen, vom römischen Rechte abweichenden, Natur der s.g. neuern Satzung gegen die Dinglichkeit entwickelt hat, das hat bereits oben unter Richtigstellung dieses deutschrechtlichen Institutes seine Widerlegung gefunden.

Nicht deßwegen also zählen wir noch heutzutage die Hypothek zu den dinglichen Rechten, weil das deutsche Recht „von jeher die Dinglichkeit in einem weitern Sinne gefaßt" habe (Regelsberger, Bayerisches Hypothek.R. S. 36); denn, wäre sie eine obligatio in rem scripta, so wäre die Streichung derselben aus der Kategorie der dinglichen Rechte dringend geboten, da beides fundamental verschiedene Dinge sind und jedes Durcheinanderfließen der Terminologie zu heilloser Verwirrung führen muß, wie ich dies auch bereits an einem andern Orte gezeigt habe [1]); vielmehr zählen wir sie den dinglichen Rechten bei, weil sie ein wahres dingliches Recht ist, sollte ihr auch eine actio in rem scripta mit auf den Weg gegeben sein. Schwerlich wäre

1) Annalen der badischen Gerichte 1877 S. 105: „immerhin sind" (bei der actio in rem scripta) „die verschiedenen Eigenthümer der Sache nur ebenso viele, welche hinter einander leisten sollen, die Sache steht nichtsdestoweniger in ihrem vollen Eigenthum, diesem Eigenthum steht kein Recht an der Sache seitens des Gläubigers gegenüber." Vgl. auch Schliemann, Lehre vom Zwang S. 13. 52 u. sonst.

auch ein so urwüchsig dingliches Recht, wie das Pfandrecht, in die abstrakte Höhe reinster Voraussetzungslosigkeit gehoben worden, wo ihm jeder sachliche Boden unter den Füßen gebricht, hätte man dem Nutzpfand mehr Beachtung geschenkt, welches uns das Pfandrecht in seiner greifbarsten dinglichen Gestalt, in seiner ursprünglichsten Form als die direkteste Ausbeutung des Sachgenusses darstellt. Umsomehr dürfte ein genaueres Eingehen auf dasselbe an der Zeit sein.

§. 6.
Nutzpfand im römischen Recht.

Wie man eine Sache verwerthen kann durch Gebrauch und durch Umtausch, so bietet auch das auf die Verwerthung der Sache gerichtete Pfandrecht von frühe her zwei Varietäten dar, das Gebrauchspfand und das Distraktionspfand, wozu noch eine dritte Varietät kommt: das Pfand mit Verfall an den Gläubiger, die lex Commissoria mit oder ohne Aufgeld, welche sich als Umsatz des Pfandes an den Gläubiger selbst charakterisirt. Dabei kann das Pfand ein reines Gebrauchs- oder Nutzungspfand oder ein reines Distraktionspfand sein oder eine Kombination von beidem. Schon das indische Recht hat beides in klarer Weise geschieden, Manu VIII 143 fg., Yâjnavalkya II 58 fg., vgl. auch Jolly, indisches Schuldrecht (in den Sitzungsberichten der bayerischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-philologische Klasse, 1877) S. 298 fg., — wie überhaupt das indische Obligationen- und Pfandrecht ein höchst entwickeltes Kulturrecht ist, das von großartiger juristischer Begabung zeugt, worüber ich mich an einem andern Orte ausführlich zu verbreiten gedenke. Auch im römischen Rechte findet sich beides vertreten; aber der Unterschied fällt nicht mit der Unterscheidung von pignus und hypotheca zusammen, da ja das pignus in vielen Fällen reines Aufbewahrungs-, Deposital- und Distraktionspfand ist

ohne Gebrauchs- und Benutzungsbefugniß; und gewiß spricht es nicht zu Gunsten der römischen Systematik, daß sie diesen Unterschied nicht schärfer, als sie gethan, insbesondere nicht mit der Schärfe des indischen Rechts ausgeprägt hat — wie ja überhaupt das römische Pfandrecht in seiner von Griechenland aus importirten Gestalt sich in Rom niemals wie eine völlig heimische Pflanze gefühlt und sich daher auch nicht wie ein einheimisches Institut maßvoll entwickelt hat, sondern, nachdem es alle sichernden Schranken, alle Disciplin aufgegeben hat, zur Wucherpflanze geworden ist, welche an dem Marke des Rechtslebens zehrte [1]). Das römische pignus ist also vielfach nicht Benutzungs-, sondern bloßes Deposital- und Distraktionspfand, was sich zu der Konsequenz zuspitzt, daß der unbefugte Gebrauch desselben sich als furtum usus charakterisirt und der actio furti unterliegt — ebenso wie der unbefugte Gebrauch einer deponirten oder kommodirten Sache, §. 6 J. de oblig. quae ex del., fr. 55 (54) pr. de furt., vgl. mit fr. 40, fr. 48 §. 4, fr. 77 (76) pr., fr. 83 (82) pr. de furt., Gajus III 196. 197, Gellius N. A. VI 15, Valerius Maximus VIII 2 §. 4; und ganz ebenso, wie umgekehrt die unbefugte Veräußerung des Pfandes in fr. 74 (73) de furt., vgl. mit fr. 4 de pign. act., zum furtum gestempelt wird. Naturgemäß gilt die Entwendungspön nur dann, wenn dem Pfandgläubiger nicht der Gebrauch der Sache überlassen ist; denn hierdurch wird ja die Benutzung zu einer rechtmäßigen erhoben, ganz ebenso wie in sonstigen Fällen, wo die Sache mit Gebrauchsbefugniß hingegeben ist, wo die res in eam causam, nämlich zum Zwecke des Gebrauches, videtur accepta, fr. 83 (82) de furt. Aus der Entwendungspön in den Fällen des bloßen Deposital- und Veräußerungspfandes darf daher nicht auf die Unzulässigkeit des Benutzungspfandes geschlossen

1) Vgl. Bruns in Holtzend. Encyclop. I S. 401.

werden; es wäre dieses ebenso unrichtig, wie wenn man aus der Entwendungspön im Falle der nicht gestatteten Veräußerung auf die Unzulässigkeit des Distraktionspfandes schließen wollte.

Bevor wir nun auf das Benutzungspfand des römischen Rechtes übergehen, ist ein landläufiger Irrthum zu berichtigen. Bekanntlich war die Distraktionsbefugniß des Pfandgläubigers ursprünglich kein naturale des Pfandvertrags, sondern sie war nur gegeben, wenn sie dem Gläubiger durch besondere Klausel eingeräumt war, vgl. fr. 74 (73) de furt. (von Javolen), Gajus II 64 (ex pactione), fr. 14 § 5 de divers. temp. praescript., ferner fr. 8 § 4 de pign. act., wo Pomponius über die Tragweite dieser Klausel genaue Untersuchungen anstellt, vgl. auch Bachofen, Pfandrecht S. 157 fg. In dieser Periode gewährte daher ein pignus ohne pactum de vendendo entweder bloßes Aufbewahrungs- und Rückbehaltungsrecht, oder es war Benutzungspfand, aber bloßes Benutzungspfand, was wohl bei fruchttragenden Sachen regelmäßig der Fall gewesen sein wird. Dieses änderte sich, als später, etwa im Zeitalter des Severus und Caracalla, das Distraktionsrecht zum naturale des Pfandvertrages erhoben wurde, so daß von nun an das Pfand ohne jede Klausel und ohne jede von den Parteien darauf gerichtete Absicht zum Distraktionspfande wurde — ein sprechender Beweis, wie in der Rechtsentwicklung sich zwar die Folgen des Rechtsgeschäfts nicht nach der Absicht der Vertragsschließenden gestalten, wie aber die Rechtsordnung aus der Uebung des Verkehrslebens sich vielfach die Elemente der Rechtsbildung konstruirt. Nunmehr bedurfte es, um ein pures Gebrauchspfand zu schaffen, einer Gegenerklärung, eines pactum, ne distrahatur; mit dieser Gegenklausel, welche an keine Form gebunden ist, konnte aber und kann noch im heutigen gemeinen Rechte ein pures Gebrauchspfand ohne Distraktionsbefugniß geschaffen werden. Zwar fol-

gert man ziemlich allgemein aus einer Stelle Ulpians, fr. 4 de pign. act., — so wie sie im Corpus juris enthalten ist, denn vielfach wird hier die Hand der Kompilatoren vermuthet[1]) —, daß selbst diese Gegenklausel dem Gläubiger das Veräußerungsrecht nicht entziehen, sondern nur erschweren würde, indem er in solchem Falle der Veräußerung drei Ankündigungen vorausgehen lassen müsse; vgl. auch fr. 5 de pign. act., welche Stelle des Pomponius natürlich erst durch die Kompilatoren diese Wendung erhalten haben könnte[2]). Wenn man indeß den Ausspruch Gordian's in c. 7 de distr. pign. in Betracht zieht: Si — creditor non reluctante lege contractus ea, quae pignori sibi nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est[3]); wenn man ferner betrachtet, wie selbst Justinian in c. 3 § 1 de jure dominii impetrando den Vereinbarungen über die Modalität des Pfandverkaufs keine Schranken setzt: si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est — so daß hiernach die Verkaufsbefugniß in infinitum verschoben werden kann: so müssen über diese Auslegung gerechte Bedenken erwachen[4]). In der That

1) Vgl. Windscheid, Pandekten I 237 No. 5. Vgl. auch Paulus in fr. 3 quae res pign. vel hypoth. datae obl. n. p.

2) Dies übersieht Schmid in der Zeitschr. f. Civ.R. und Proceß N. F. V S. 362.

3) Vgl. auch c. 18 de distract. pign.: Qui a creditore pignori obligatum jure emit, de proprietate vinci non potest.

4) Natürlich wird die falsche Interpretation nicht dadurch plausibler, daß sie bereits von dem Basilikenscholiasten Stephanus aufgestellt wird (während Cyrillus eine ziemlich gehaltlose Paraphrase bietet), Scholien zu Bas. XXV 1, 4 bei Heimbach III p. 53. Man vergleiche auch das Scholion desselben Stephanus zu Bas. XXV 1, 5 ib., wo die Wirksamkeit der Distraktion bestritten wird, für den Fall, daß die Bestimmungen über die Modalität der Pfanddistraktion nicht beobachtet sind.

sind die Worte Ulpians ferne davon, das zu besagen, was man in ihnen findet. Vielmehr erklärt Ulpian im Gegentheil: hoc jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat, woraus sich mit einem schlanken argum. a contrario die richtige Ansicht von selbst ergibt. Die weiteren Worte sprechen gar nicht von dem Veräußerungsrecht, sondern von der Frage, ob die unbefugte Veräußerung den Thatbestand des furtum bilde. Dies wird von Ulpian als Regel bejaht, aber für den Fall verneint, wo der Gläubiger der Veräußerung eine dreimalige Zahlungsaufforderung vorhergehen ließ, wo also der Gläubiger dem Schuldner alle Rücksicht getragen hat, welche man ihm nach der mildesten und schonendsten façon de vivre zu tragen pflegte, vgl. Paulli S. rec. II 5 § 1. Und dies ist sehr begreiflich, da in einem solchen Falle zwar eine formelle Widerrechtlichkeit, aber nicht jener materielle Bruch der Eigenthums- oder Besitzordnung vorliegt, welcher das furtum charakterisirt; vgl. fr. 1 § 3 de furt. (v. fraudulosa), fr. 14 § 1 eod. (wo ebenfalls trotz formeller Widerrechtlichkeit das furtum negirt wird), vgl. auch fr. 57 mandati, Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus S. 20. Ebenso wird auch in Paulli Sent. rec. II 13 § 5 die auf Treubruch gebaute und gleichfalls infamirende actio fiduciae [1]) negirt: Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denuntiare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventione fiduciae actio nasci potest. Denn, ist es gegen die Abrede, daß der Gläubiger das Pfand distrahirt, so ist es noch mehr gegen die Abrede, daß der Schuldner nicht zahlt, und daß er nicht zahlt

1) Ueber den infamirenden Charakter derselben: Gajus IV 182, Cicero pro Caecina c. 3, lex Julia municipalis l. 110 fg. In der neu aufgefundenen Esteschen Inschrift (Journal des Savants 1881 p. 117. 118) ist der Anfang, welcher die actio fiduciae erwähnt haben wird, zerstört.

troß förmlicher Denuntiation. Darum verfällt die Handlungsweise des Gläubigers, wenn sie auch gegen die Ordnung ist, ebensowenig der infamirenden actio furti, als der infamirenden actio fiduciae [1]).

Uebrigens wäre die irrige Ansicht wohl schwerlich entstanden, hätte nicht der Schreiber des Textes, aus welchem die Florentina [2]) geflossen ist, einen ächten Schreiberlapsus begangen, an welchem die Wissenschaft sich bis auf den heutigen Tag zu quälen hat, ich meine in fr. 7 §. 2 de distract. pign.:

Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. In dem ganzen Verlauf der Stelle, welche sich in fr. 5 und fr. 7 abspielt, spricht Marcian von der Distraktion des Gläubigers, ihrer Wirksamkeit und der Möglichkeit, dieselbe rückgängig zu machen. Nun würde derselbe plötzlich an unserer Stelle mit kühnstem Rucke auf die Veräußerung des Eigenthümers und Schuldners gelangen, und uns dabei einen ganz exorbitanten, allem, was wir sonst von diesen Dingen wissen, schnurstracks widersprechenden Satz, nicht etwa als einen Zweifelsatz, für den überwiegende Gründe sprächen, sondern als etwas ganz sicheres und feststehendes hinstellen: certum est — —. Alles dieses hat nur ein Kopistenfehler verursacht, wie er

1) Damit hängt auch der Rechtssatz des Paullus zusammen, welcher uns in der Consultatio VI 8 erhalten ist.

2) Da die Urschrift der Vulgathandschriften aus der Florentina stammt und nur an einigen Stellen nach Exzerpten aus einer andern Handschrift korrigirt worden ist (Mommsen, praefatio zu seiner Digestenausgabe p. LXVI), so kann man hiergegen nicht auf eine imponirende Uebereinstimmung sämmtlicher Handschriften pochen. Schwieriger ist es, daß auch die Basiliken XXV 7, 7 auf derselben Lesart beruhen. Allein daraus ist nur zu entnehmen, daß der Kopistenfehler sehr alt ist und in verschiedene Handschriften übergegangen war.

jedem, welcher mit Kopisten zu thun hat, alle Tage vorkommen kann: der Kopist hat creditor und debitor verstellt, der Text hat zu lauten: si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus, und so schließt sich die Stelle an die beschränkenden Distraktionsklauseln im Vorhergehenden unmittelbar und natürlich an [1]). Der Jurist untersucht die Frage, ob die Veräußerungsbefugniß des Pfandgläubigers eine unverrückbare, der Privatdisposition entzogene Rechtsnorm ist, so daß eine entgegengesetzte Klausel contra jus posita wäre — unter jus ist hier, wie sonst auch unter forma juris, derjenige dem Rechtsinstitute innewohnende Rechtsfond verstanden, welcher auch nicht einmal indirekt durch eine Gegenverabredung, durch eine Gegenaktion des Vertrags gebrochen [2]) werden kann, vgl. fr. 49 §. 2 de fidej., fr. 114 §. 7 de leg. I, Bülow, Arch. f. civ. Prax. Bd. 64 S. 104, 105. Diese Frage konnte und mußte sich zur Zeit Marcian's, der unter und nach Caracalla schrieb (vgl. Fitting, Alter d. Schriften röm. Juristen S. 51), erheben, zu einer Zeit, wo die Distraktionsbefugniß als eine, regelmäßig dem Pfandrechte inhärirende, Macht bereits völlig in Fleisch und Blut übergegangen war; man

1) Die Behauptung von Dernburg, Pfandrecht II S. 24, daß auch nach unserer Ansicht Marcian einen Gedankensprung mache, indem er von einem Nebenvertrag des Pfandverkaufs auf eine Clausel bei dem Abschluß der Pfandkonvention übergehe, ist unrichtig; denn die Bedingungen der Pfandkonvention werden nur geprüft, um die Wirkungen des Pfandverkaufs festzustellen.

2) Gebrochen allerdings nicht in dem Sinne, als ob der Privatakt der Parteien die Rechtsordnung alteriren könnte, sondern in dem Sinne, daß die Parteien eine von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Aktion benutzen, kraft welcher andere Rechtseffekte eintreten, als solche eintreten würden, wenn sie davon keinen Gebrauch gemacht hätten, wie das Bülow a. a. O. S. 86 fg. mit Schärfe hervorhebt. Ich glaube übrigens, angesichts meiner Ausführungen in Iherings Jahrb. XVI S. 331, 332 und in der krit. Vierteljahrsschrift N. F. II S. 494, nicht, daß meine früheren Arbeiten dieses richtigen Blickes in das Wesen des dispositiven Rechts ermangeln.

konnte einen Moment daran zweifeln, ob diese Distraktionsmacht nicht, als ein, dem bestimmungsgemäßen Zweck des Pfandrechtsinstitutes unumgängliches, Moment, der Gegenaktion der Privatabrede entzogen sei. Dieser Zweifel wird aber von Marcian bestimmt niedergekämpft: certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur [1]); mit Recht, denn die Zwecke des Pfandrechts können auch ohne Veräußerung erreicht werden, das Pfandrecht ist zwar ohne Distraktionskraft nicht so durchgreifend, wie mit derselben, aber auch nicht untauglich, unfähig und zweckwidrig. Zwar könnte man entgegenhalten, daß an der Marcianischen Stelle nicht nur von pignus, sondern auch von hypotheca die Rede sei, eine Hypothek ohne Verkaufsbefugniß aber nichts zur Befriedigung des Gläubigers biete. Allein dies wäre unrichtig; die Hypothek gibt dem Gläubiger das Recht, bei Fälligkeit der Schuld, und ex justa causa auch schon vorher, die Sache in seinen Besitz zu verlangen, um sich sodann aus ihr zu befriedigen, sei es durch Fruchtziehung, sei es durch Verkauf; und so lange in Rom das Verkaufsrecht kein dem Pfandrecht immanente Befugniß geworden war, war das erstere das einzige Befriedigungsmittel, sobald das pactum de vendendo unterblieben war, vgl. auch noch c. 4 de act. pign.: pactum — — ut — praedia — h y p o t h e c a e data vendere liceret, und auch fr. 12 §. 10 qui pot. in pignore. Vgl. auch oben S. 65.

---

1) Das „nullam esse venditionem" darf man natürlich nicht damit schulmeistern, daß ja der Verkauf einer fremden Sache gültig sei, von einer Nichtigkeit der emtio venditio daher keine Rede sein könne; denn hier ist die venditio als Pfanddistraktion verstanden, hier heißt daher das „nullam esse venditionem", die Pfanddistraktion sei nichtig, sie habe nicht die Wirkung, den Käufer zum Eigenthümer der Sache zu machen, weil dem Pfandrechte in diesem Falle die eigenthumsübertragende Kraft fehle. Es ist dasselbe, wie in fr. 1 eod. das „nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit", oder in fr. 4 eod., wo von vendendi pignoris potestas die Rede ist, oder in c. 2 si vend. pign. (8, 29 [30]): nullo jure a creditore venisse.

Puchta, in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XII S. 229, hat den oben gerügten Kopistenfehler richtig bemerkt; allein er begeht seinerseits den Fehler, daß er nach dem Vorgang Aelterer[1]) am Schluß der Stelle nochmals ändern will, indem er pactionem und venditionem vertauscht; diese letztere Modifikation ist gewaltsam und führt auch vom Standpunkte der gegnerischen Ansicht aus keineswegs zu einem korrekten Resultate, vgl. Dernburg II S. 26 fg., wo auch weitere Litteratur.

Es verhält sich daher im römischen Rechte so: ein pures Nutzungspfand ist möglich, jedoch bedarf es einer Abrede in der Pfandkonvention, welche die Distraktion untersagt; eine solche Untersagung wäre übrigens auch dann anzunehmen, wenn das Rechtsleben für diese distraktionslose, aber zur Sachnutzung berechtigende, Pfandgestaltung einen besonderen technischen Namen, z. B. Nutzpfand, einführen würde, ganz ähnlich, wie dies z. B. das badische Landrecht, und wie es der C. civ. mit dem Worte antichrèse[2]) gethan hat. Dann wäre dies eben ein verkürzter Ausdruck für: Nutzungspfand cum pacto ne distrahatur.

Daß nun aber das römische Verkehrsleben auch das Nutzungspfand (mit oder ohne Distraktionsbefugniß) gekannt hat, beweisen mehrere Stellen in unerschütterlicher Weise, wenn es auch zuzugeben ist, daß die spärliche Erwähnung des Institutes in den Rechtsquellen keineswegs im Verhältnisse steht zu seiner ausnehmenden theoretischen und praktischen Wichtigkeit. Doch kann dieses Mißverhältniß um so weniger Anstoß erregen, als dasselbe im Folgenden eine sehr naheliegende historische Erklärung finden wird. Eine der Hauptstellen, in welcher zudem der Unterschied zwischen Gebrauchs- und Aufbewahrungspfand zu einer Konse-

1) Z. B. Donell. ad tit. D. de V. Obl. fr. 135 §. 3 (Ed. Florent. 1847, XI. p. 1722 fg.).

2) Wohl zu unterscheiden von der römischen antichresis. Denn die französische antichrèse ist Immobiliarnutzpfand ohne Unterschied, ob Zinsen und Früchte gegenseitig wettgemacht werden oder nicht.

quenz von bewunderungswürdiger Feinheit herausgebildet wird, eine Stelle, welche zugleich die Ansicht widerlegt, als ob das Nutzungspfand nur an Immobilien vorkomme, ist von Papinian, fr. 9 §. 2 de suppell. legata: Supellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit, utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum. Der Erblasser hat „sein" Hausgeräth legirt. Hierunter versteht Papinian, in vernünftiger Anlehnung an den Sprachgebrauch und an die Verhältnisse des konkreten Falles, nicht nur das dem Erblasser eigene Silbergeschirr, sondern auch dasjenige, welches sich, in Folge des Pfandvertrags und in Folge der mit demselben verbundenen Nutzpfandabrede, im berechtigten Gebrauche, etwa an der Tafel des Erblassers befindet, wobei man sich an den eminenten Silberluxus der römischen Gelage erinnern muß; nicht aber gehört hieher das Silberzeug, welches er bloß zum Versatz" erhalten hat und in seiner Kammer aufbewahrt, oder zwar auf seine Tafel bringt, aber unberechtigterweise und furtiv. Der Fall ist daher so zu denken, daß das Silber dem Erblasser zu einem bestimmten periodischen Miethsatze, etwa unter Anrechnung auf die Zinsen, überlassen war[1]), und die Auslegung Papinians ist um so plausibler, wenn man die leicht mögliche Situation unterstellt, wo das von einem verschuldeten „Herrn aus altem Hause" verpfändete Silbergeräth den Grundstock des Silbergeschirres auf der Tafel des Emporkömmlings bildete. Man hat allerdings von alters her die Vermuthung aufgestellt, daß die Stelle ursprünglich von der fiducia gehandelt habe[2]);

---

1) Eine Verpfändung von Silberzeug findet sich auch in c. 5 de act. pign.

2) Litteratur bei Ubbelohde, zur Geschichte der benannten Realkontrakte S. 89.

allein die Stelle zeigt, mindestens nach meinem Sprachgefühl, keine Spur von Interpolation, welche doch bei dem einzigartigen Stile Papinian's kaum zu verdecken gewesen wäre[1]).

Weiter ist von dem Nutzungspfande die Rede in den c. 1. 2. 3 und 12 de act. pign., in fr. 15 de pign. act., in fr. 59 de fidejuss., in fr. 39 de pign. act., c. 12 (11) de usur., sodann in fr. 11 § 1 de pign. et hypoth.[2]). An letzterer Stelle wird nämlich, ebenso wie in c. 17 de usur. (vergl. auch c. 14 eod.), von derjenigen Varietät des Nutzungspfandes gehandelt, bei welcher Zinsen und Früchte kurzweg wettgemacht werden, und das eine das Aequivalent des andern ausmacht: es ist dies ein Pfandvertrag mit der Spekulationsberedung, daß dem Gläubiger die Früchte mit Gewinn und Verlust zu einem bestimmten Werthsatze überlassen werden, einer Spekulationsberedung, von welcher unten bei der Prüfung des germanischen Rechts weiter zu handeln ist. Wenn hier der Jurist dem Pfandgläubiger zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes eine in factum actio gibt, so will das nur heißen, daß die actio eine von der ordentlichen hypothecaria (welche ja auch in factum konzipirt ist) verschiedene Formulirung erhielt; was sich leicht daraus erklärt, daß ja die Antichrese eine sehr erhebliche Modifikation des gewöhnlichen pignus darstellt[3]), so daß die gewöhnliche actio

1) Die Möglichkeit einer fiducia bei Silbersachen soll dabei nicht bestritten werden; spricht doch Plinius, nat. hist. IX §. 117 von einer Mancipation von Smaragd und Perlen.

2) Manche finden in Cicero in Catil. II 8 § 18 „certare cum usuris fructibus praediorum" eine Hinweisung auf antichretische Verhältnisse, was ich nicht für gerechtfertigt halte.

3) Und zwar eine Modifikation in den Grundfesten des Pfandrechts, da es ja zu den Grundlehren des Pfandrechts gehört, daß die Pfandverwerthung sich streng innerhalb des dem Pfandrechte innewohnenden Geldzwecks hält, hier aber der Gläubiger kraft des Spekulationsgeschäfts bald mehr, bald weniger erhalten wird, als ihm an Kapital und Zinsen gebührt. Lehrreich für die Strenge der Römer in der Behandlung der Aktionenformeln ist § 52 Vat. fragm.

quasi Serviana mit ihrem „pignoris nomine obligatum" zwar nicht nothwendig gescheitert, aber doch auf Schwierigkeiten gestoßen wäre; wie dies aus fr. 33 de pign. act. hervorgeht: denn hier sieht sich Marcian veranlaßt, für die act. pign. directa festzustellen, daß auch die Antichrese unter den erweiterten Begriff des pignus falle, und bekundet damit, daß dies nicht von jeher und jedenfalls nicht einstimmig angenommen wurde.

Gerade hier entwickelt sich nun aber die Frage über die Natur des kreditorischen Benutzungsrechts zum höchsten praktischen Interesse. Benutzt der Gläubiger die Sache kraft seines dinglichen Rechts oder kraft eines hiermit verbundenen persönlichen Verhältnisses zum Schuldner? Wird er Eigenthümer der Früchte und berechtigt zum Selbstgenusse derselben? verkauft er sie, wenn er sie veräußert, kraft seines Eigenthums oder kraft einer ihm vom debitor ertheilten Vollmacht? Und wenn er Eigenthümer wird, wird er es kraft Traditionsaktes des Verpfänders oder kraft eigenen dinglichen Rechts? Viele leugnen den Fruchterwerb kraft dinglichen Rechts, so Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 19 No. 43, so Göppert, organische Erzeugnisse S. 387 fg., so Windscheid, Pand. § 234, so neuerdings Rinaldi, Saggio sul diritto di anticresi im Archivio giuridico XXI p. 301 fg.; allein diese Ansicht führt m. E. zu unhaltbaren Resultaten und steht auch mit dem Inhalte der Quellen im Widerspruch. Denn sie führt zur unumstößlichen Konsequenz, daß, wo immer das Eigenthum vom Pfandbesteller auf einen Dritten übergeht — und auch im römischen Recht war ein solcher Eigenthumsübergang mit oder ohne Besitzübergang denkbar, noch mehr im heutigen Recht —, mit dem Eigenthumsübergang die Fruchtziehungsvollmacht und damit das Fruchtziehungsrecht dem Gläubiger unter den Händen zerrinnt. Noch bedenklicher wird heutzutage die Situation, wenn auf das Nutzungspfand Hypotheken folgen, wo dann jeder

Nachhypothekar das Nutzungsrecht zerstören kann; ja selbst dann, wenn auch nur Chirographargläubiger die Distraktion der Sache erwirken, droht dem Nutzungsrechte der Untergang; insbesondere aber verschwindet es da, wo man seiner am nöthigsten bedarf, im Konkurs. Daß dieses, insbesondere bei dem puren Nutzungspfand, einer Negation der Pfandsicherung gleichkommt, daß es alle Vortheile, welche dem Gläubiger gerade diese Art der Pfandverwerthung bietet, insbesondere die antichretischen Vortheile, in die Willkür des Schuldners setzt, bedarf keiner Ausführung [1]). Nimmt man es als den durchgehenden Zug des römischen Rechts an, daß der Pfandgläubiger eine, von jedem Vorkommnisse in Person und Vermögen des Schuldners unabhängige, Stellung hat, vgl. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 53, 58 fg., daß ihm kraft dieser Stellung die, seinem Pfandrechte entsprechende, Ausbeute gesichert ist: so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Nutzpfandgläubiger zur nutzweisen Verwerthung der Sache nicht nur ein obligatorisches, sondern ein dingliches Recht zusteht. Man kann hiergegen nicht mit den Mieth- und Pachtverhältnissen des römischen Rechts operiren — denn bei solchen Verträgen hat der conductor die reiche Gelegenheit, sich durch anderwärtige Maßregeln zu sichern, und es ist daher die rein obligatorische Behandlung dieser Verhältnisse im römischen Rechte, obzwar nicht besonders empfehlenswerth, immerhin aber erträglich [2]). Unerträglich aber wäre sie in Pfandverhältnissen, welche ja gerade den Mangel persönlicher

1) Es sind dies Konsequenzen, wie sie insbesondere in der französischen Litteratur erörtert worden sind, und gerne nehme ich diese Gelegenheit wahr zu dem Geständniß, daß mir viele fruchtbare Einblicke in diese Rechtsinstitute erst durch das französische Recht eröffnet worden sind. Ueber diese Konsequenzen vgl. neuerdings Laurent, principes de droit civil français XXVIII nr. 574 fg.

2) Ueber die Unzweckmäßigkeit der bloß obligatorischen Regelung der Miethverhältnisse vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 150.

Sicherheit ersetzen und dem Gläubiger eine, über die Wechselfälle im Vermögen des Schuldners erhabene, Garantie zu gewähren bestimmt sind. Der Gläubiger, welchem dingliche Sicherheit gewährt werden sollte, müßte mit gekreuzten Armen zusehen, wie ihm dieselbe über Nacht in Schutt und Staub zerfällt.

Dieses unhaltbare System war denn auch nicht dasjenige des römischen Rechts, und wir haben dafür die sichersten Beweise. Die wichtigste Belegstelle ist das fr. 22 § 2 de pign. act.: Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit. Die Stelle spricht aus: der gutgläubige Kreditor erwirbt kraft seiner bona fides die Früchte der ihm vom praedo verpfändeten fremden Sache zu eigen, obgleich ihm doch der praedo an der Sache kein Pfandrecht bestellen konnte: er erwirbt sie kraft seiner bona fides, ebenso wie der gutgläubige Eigenthumsbesitzer die Früchte erwirbt, und ähnlich, wie der gutgläubige Usufruktinhaber sie erwirbt: die bona fides steht, was den Fruchterwerb betrifft dem wirklichen Rechte gleich. Nun ist aber der Pfandgläubiger verpflichtet, nach Tilgung der Schuld die überschießenden, nicht mehr zur Tilgung derselben erforderlichen Früchte gemäß der actio pigneraticia directa zu restituiren d. h. deren Eigenthum auf den Verpfänder zu übertragen. Die Folge ist, daß der praedo auf diesem Umwege das Eigenthum von Früchten erwirbt, das er nicht erworben hätte, wenn er selbst im Genusse der Sache gewesen wäre, das er wegen seiner mala fides nicht erworben hätte: proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit. Ob hiermit das letzte Wort der Rechtsordnung gesprochen ist, ob nicht der praedo mit einer condictio, negot. gest. actio oder utilis rei vindicatio zum Ersatz des Frucht-

werthes an den Eigenthümer angehalten werden kann, bleibt hier billig dahingestellt [1]); sicher ist es, daß der gutgläubige Pfandbesitzer Eigenthümer der Früchte wird, und da nun die bona fide possessio bezüglich des Fruchtgenusses höchstens dasjenige bieten kann, was das Recht selbst bietet, welches der bona fide possessio entspricht, so ist es sicher, daß das Nutzpfand aus sich selbst heraus, kraft seiner eigenen Rechtsmacht Eigenthum der Früchte gewährt, daß es also dinglicher Natur ist; vgl. auch Bachofen, Pfandrecht S. 144.

Einen mächtigen Beweis für die richtige Ansicht gewährt auch die Analogie der s. g. missio Antoniniana. Diese begründet nichts anderes, als ein auf obrigkeitlicher Einweisung beruhendes Nutzpfand, und zwar ein reines Nutzpfand ohne Veräußerungsrecht: fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat, fr. 5 § 16 ut in possess. legat., vgl. auch fr. 26 de pign. act. Die Behandlung der Sache ist denn auch ganz die des Nutzpfandes, fr. 5 § 21 ut in possess. legat.: Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis [2]) debentur. Et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari: quin immo et si amplius quam sibi debetur perceperit legatarius, exemplo pigneraticiae actionis etiam

---

1) Vgl. das vielbesprochene fr. 12 § 1 de distr. pign., und dazu Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung S. 7, und v. Moreau, über Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache S. 14 fg. Jedenfalls aber bringt das Verhältniß dem praedo mit dem Eigenthumserwerb einen, wenn auch nur momentanen, Vortheil, und diesen will Ulpian mit den obigen Worten bezeichnen; wie ja derartige pointirte Bemerkungen bei den römischen Juristen häufig sind, als Ausflüsse ihres energischen Schlußfolgerungsvermögens, welches die Sache gern auf die Spitze treibt.

2) Fideicommissis, denn vgl. Gajus II 280, aber auch Paulli S. rec. III 8 § 4.

utilis actio ad id refundendum dari debebit. Sed pignora [1]) quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit — —. Daß nun aber das Genußrecht des eingewiesenen Legatars oder Fideikommissars ein dingliches, von jedem Wechsel in der Person des Eigenthümers unabhängiges war, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel, vgl. fr. 11 § 1 eod., c. 3 ut in possess. legat, c. 2 qui potiores (8, 17 (18)), Bachofen, Pfandrecht S. 426 fg. Ist es nun wahrscheinlich, daß Ulpian ein dingliches und ein bloß obligatorisches Genußrecht so zusammengestellt hätte, ohne eine solche fundamentale Differenz mit einer Silbe zu erwähnen? Mit nichten, Ulpianen ist eine bessere juridische Schulung zuzutrauen.

Das Verhältniß ist also dieses: der Nutzpfandgläubiger erwirbt die Früchte kraft dinglichen Rechtes zu eigen, ist aber obligatorisch verpflichtet, den überschießenden Theil an den Verpfänder zu restituiren; ganz ebenso wie dem distrahirenden Pfandgläubiger die volle actio venditi gegen den Erwerber zusteht und er nur obligatorisch zur Restitution der hyperocha gehalten ist. Nur diese Kombination dinglicher und persönlicher Elemente ermöglicht die Sicherheit im Verkehr und die Klarheit im juristischen Bau [2]). Sollte indeß gerade diese Art der Kombination zum Abbruch des materiellen Rechtes führen, sollte sie dem Verpfänder insbesondere dadurch verhängnißvoll zu werden drohen, daß der Pfandgläubiger in Konkurs fällt und seine Gläubigerschaft sich unterfängt, der vollen Früchte oder der vollen Distraktionssumme sich zu bemächtigen und den Verpfänder bezüglich der hyperocha unter die Chirographarier zu verweisen, so

1) Natürlich die gewöhnlichen Pfänder, die Pfänder ohne pactum ne distrahatur.

2) Nichts wäre unpraktischer, als eine Regelung, wornach etwa die halbe Ernte Eigenthum, die andere Hälfte Nichteigenthum des Pfandgläubigers, oder gar das Eigenthum „pendent" wäre u. s. w.

wäre in gleicher Weise zu helfen, wie im analogen Falle dem Mandanten gegenüber der Gläubigerschaft des Mandatars, dem Kommittenten gegenüber der Gläubigerschaft des Kommissionärs, also mit einer utilis vindicatio oder einem ähnlichen Hülfsmittel, vgl. fr. 1 und 2 de inst. act., fr. 5 de stip. praet., a. 368 Abs. 2 H.G.B., meine Abhandlung in Iherings Jahrb. XVI S. 354, Grünhut, Recht des Kommissionshandels S. 338 fg.

Aus der dinglichen Qualität des Nutzpfandgenusses folgt für das moderne Konkursrecht insbesondere, daß der Nutzpfandgenuß an Immobilien gemäß § 39 Konk.O. nicht in den Konkurs des Eigenthümers der Sache fällt, sondern trotz des Konkurses dem Nutzpfandgläubiger verbleibt, auch wenn derselbe kein Distraktions-, sondern nur ein Nutzungsrecht hat; was hierüber im alten Konkursrecht galt, ist hier nicht zu erörtern, vgl. darüber Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. B. 39 S. 350 fg.

§. 7.

Nutzpfand im deutschen Recht.

Bei allem dem können wir uns die Dürftigkeit der römischen Quellen bezüglich unseres Institutes nicht verhehlen, eines Institutes, welches im germanischen Rechte zu einem der mächtigsten Hebel der Kapitalwirthschaft geworden ist; und wir nehmen aus den Pandekten den Eindruck mit, daß dasselbe in Italien, über dessen Recht die meisten römischen Juristen schreiben, nicht das häufigste gewesen ist — in Italien; denn daß das Geschäft im Oriente häufig war, ist einmal bei der lebhaften Nachwirkung des griechischen Rechtes nicht zu bezweifeln und ist sodann gerade in unseren Tagen in glänzender Weise bestätigt worden durch das Syrische Rechtsbuch, s. Bruns und Sachau, Syrisch-römisches Rechtsbuch, Londoner Handschr. § 99, Arme-

nischer Text § 133, ib. II S. 29, 146, und hierzu Bruns S. 274. Der Grund des geringen Vorkommens in Italien aber liegt offen zu Tag: unser Institut hatte in Italien, namentlich bezüglich der Grundstücke und der Sclaven, die übermächtige Concurrenz des ächtitalischen Institutes der fiducia zu ertragen, und das Schema der bätischen Fiduciartafel, das bis an den Guadalquivir als Muster für die Banquiersgeschäfte diente [1]), gibt uns einen deutlichen Beleg für die lebendige Triebkraft des Institutes, das von Italien gegen Westen hin drängte und sich da die Wege bahnte, wo es einen Boden mit jus Italicum fand. Uebrigens findet sich dasselbe, was vielfach übersehen wird, auch auf sonstigen Inschriften erwähnt, z. B. bei Orelli-Henzen, inscript. latin. ampl. collect. III nr. 7331: ne veneat ne fiduciare liceat nec de nomine exire liceat secundum sententias pontificum; bei Gruter, Corpus inscriptionum p. 638 nr. 4: fecit libertis libertabusque — — ea conditione ne fiducient ne vendant neve alio quo genere id sepulcrum sive monumentum est alienare ulli potestas sit; bei Muratori, novus thesaurus veterum inscriptionum p. 794, 1: praecepit heredibus ne quis extraneum vellit imponere vel venumdare vel fiduciare vel donum dare vel ullo modo alienare nam post haec praecepta si quis ainventus fuerit hoc fecisse, inferat sacro fisco sestertia centum milia nummum. Daß die fiducia in Italien, überhaupt im Westreich noch im 4ten und 5ten Jahrhundert auftritt, hat bereits Dernburg (Pfandr. I S. 94) aus Ambrosius und aus Sidonius Apollinaris nachgewiesen. Einen weiteren Beweis aus der Mitte des 5ten Jahrhunderts bietet die berühmte Vaticanische Papyrusurkunde, welche Marini, papiri diplomatici nr. 73 (p. 108 fg.) publicirt hat: Ante omnia, heißt

1) Ueber den schematischen Charakter der Fiduciartafel s. Krüger, kritische Versuche S. 45 fg.

es hier, de fundo Partilatico, quem Tranquillus — — quondam sub certa depectione fiduciae nexu obligaverat juxta (cautionem) quam tecum portaveras quam ipsi Pyrro refudisti quia proxime (a nescio) quibus quorum personam ignoramus dicitur occupatum, elicita auctoritate, ut domui nostrae reformetur (i. e. restituatur, Marini's Annotationen p. 246). Und daß die Mancipation in Italien, wenn auch in verblaßter Gestalt, noch geübt wurde [1]), beweist u. a. die interessante Schenkungsurkunde ebenda nr. 86 p. 133 aus der Mitte des 6ten Jahrh.: quae tradenda erant tradidimus, quae mancipanda erant mancipavimus, wie denn in Urkunden aus dem 6ten Jahrh. (Marini nr. 114 p. 173, nr. 118 p. 180) noch der nummus usualis dominicus auftaucht, vgl. Leist, Mancipation und Tradition S. 179 [2]).

Auch in einigen Kaufurkunden aus dem 6ten Jahrh. wird bei der Zusicherung, daß die verkaufte Sache keinem andern vorher gegeben, verkauft, geschenkt, verpfändet worden sei, der

1) Daß die Ostgothenperiode für das römische Recht ziemlich unschädlich gewesen ist, darüber vgl. v. Glöden, das römische Recht im ostgothischen Reiche S. 40 fg. 77 fg. 115 fg.

2) Die Art, wie der Mancipationsritus allmählig verblaßte und die lebendige Formensprache, der drastische Zeichenausdruck sich immer mehr zu farblosen Umrissen ernüchterte, ohne daß doch das Institut aufgegeben wurde, zeigt am Besten die Geschichte des römischen Rechts in Spanien. In der lex Romana Visigothorum, Gaji instit. I 6 § 3 (Ed. Hänel p. 320. 322), werden zwar die 5 Zeugen beibehalten, die Wage aber ist verschwunden, und an Stelle des Libripens und des Antestatus treten zwei weitere Zeugen, ut septem testium numerus impleatur. So im Jahr 506; in den formulae Visigothicae, welche wohl in die ersten Jahrzehente des 7ten Jahrh. fallen (jedenfalls vor a. 642, vor König Chindaswind) sind auch noch die Zeugen verschwunden; denn in der Emancipationsformel, formula 34, findet sich als Ueberrest der Mancipation nur noch die oblatio quinque nummus distractionis atque mancipationis causa, also nur noch der nummus usualis, wie in Italien und wie in der c. 37 de donat. von Justinian. Vgl. darüber Rozière, formules Wisigothiques, introduction p. XXIV und Biedenweg, commentatio ad formulas Visigothicas p. 66.

Ausdruck infiduciatus oder offiduciatus gebraucht, so Marini nr. 115 p. 175: nullique antea portiones juris sui sive competentes in integro a se donatas cessas neque distractas nec alicui offiduciatas, so ib. nr. 121 p. 186: nulli antea a se donatas cessas commutatas infiduciatas; während es in andern Urkunden, wie nr. 120, heißt: nullique antea a se donatas cessas neque distractas nec alicui obligatas, und in nr. 122: donatas cessas vel opposita(s). Wenn man nun auch mit Marini, ib. annotazioni p. 337 und mit Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter II S. 187, annimmt, daß hier der Ausdruck infiduciatus oder offiduciatus in einem allgemeineren Sinne = obligatus genommen ist, — wie denn offenbar die Urkunden die Garantie enthalten wollen, daß die Sache in keiner Weise verpfändet worden sei: so ist doch der Ausdruck ein Zeugniß der zähe andauernden Kraft der fiducia, welche, als sie in ihrem eigenen Bestande gelockert wurde und ihre specielle Individualität verlor, noch dem genus, zu dem sie sich zählte, ihren Namen lieh. Dieser Name findet sich auch noch bis in das 12te Jahrhundert, allerdings für ein Institut, das keine fiducia mehr ist, wie dies sofort gezeigt werden soll.

Offenbar nämlich haben sich in Italien die römischen Fiduciarverträge mit dem germanischen Satzungsgeschäfte begegnet und sind alsbald mit demselben zusammengeschmolzen; wie ja denn die Völker in ihrem Zusammentreffen ihre Rechtsinstitute nach dem äußeren Scheine zusammenzuwerfen pflegen und Dinge für identisch halten, welche die historische Forschung als in ihrem innern Wesen grundverschieden erklären muß. Bezeichnend ist es, daß die leges Langobardorum die Ausdrücke fiduciare und infiduciare für ein germanisches Institut gebrauchen, und zwar für ein Institut, welches nichts anderes als die s. g. ältere deutsche Satzung sein kann, da eine Ueberantwortung des Pfandes in

den Besitz des Gläubigers vorausgesetzt wird[1]). So edictus Rothari c. 174: quod in fiduciae nexum positum est, reddat debitum et requirat rem in fiduciae nexu posita; so Liutprand c. 58: Si infans, dum infra etate est, res suas cuicumque dederit aut infiduciaverit, postea, cum in legitima etate venerit, secundum legem cartolam ipsam inrumpere voluerit, et in rebus ipsis introire, non habeat pontificium, qui emit aut infiduciavit, quod dederat requirendum; quia quando comparavit aut infiduciavit, tunc debuit perspicere, quia puer ipse intra etatem erat, et contra legem faciebat: et posteus constitutum est, ut qui intra etatem fuerit, menime vindere aut infiduciare possit, talem causam eum habere dicemus, qui emit aut infiduciavit, qualem et ille habere vedetur, qui de servo aut haldione emere aut infiduciare dinuscitur (Pertz., monum. leg. IV p. 40 und 130). Und wie beides, fiducia und Satzung, zusammenfloß, beweist nichts klarer,

1) Ueber den Ausdruck fiduciare in italischen Urkunden v. 8ten bis in das 12te Jh. vgl. Ducange s. h. v., Savigny a. a. O. und Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 114 No. 1. Eine Anzahl solcher Urkunden findet sich im Folgenden; andere Urkunden, deren Auffindung ich den Hinweisen Val de Lièvre's verdanke, sind: Urk. v. 772 in den Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca IV 2 nr. 74 p. 124: — — licentiam non haveas alii homini vendere nec donare nec adfeduciare, v. 792 ib. IV 2 nr. 111 p. 171: pro ipsos sex soledos pro quo antea eam adfeduciatam abuit; Urk. v. 1048 in den Memorabilia ecclesiae Florentinae (1758) II p. 1227: nullam licentiam vel potestatem habeant infiduciare aut quocunque modo locare; Urk. v. 1053 in Ughello, Italia sacra IV p. 110: nullus Abbas — — non habeat licentiam — — venundare aut in beneficium dare sive per pignus infiduciare — —; Urk. v. 1112 in Regni Neapolitani archivi monumenta V 540 p. 354: nec exinde vendere vel donare aut infiduciare nec pignus ponere — — — —. Ich glaube, daß auch die Urkunde bei Muratori, antiquitates Italiae I p. 589, wo von propria infiduciata, res infiduciatae die Rede ist, so verstanden werden muß. Die Ansicht von Maffei, daß inficiare = infeudare, wird wohl kaum mehr Vertheidigung finden.

als die Pactiones de Leburiis zwischen Langobarden und Neapolitanern (circa a. 780), wo es a. 4 heißt: Et fundora vel terras, qui in partes Langobardorum venerint in sortem, nullo modo ipsi homines, qui habitant in ipsa fundora, possint infiduciare vel vendere, aut per qualecunque argumentum alienare in parte Neapolitanorum; et si factum fuerit, ipsos solidos pereant et ipsas res revertatur in parte Langobardorum. Similiter et parte Neapolitanorum perficiatur. Hier ist nothwendig bei der Verpfändung seitens der Langobarden die ältere Satzung, seitens der Eingebornen die römische fiducia zu unterstellen, beides floß in den Anschauungen dieser Zeit ineinander. Vgl. dazu auch das Chartularium bei Pertz monum. leg. IV p. 595, nr. 2.

Hieran schließen sich sofort die Urkunden an; so Urkunde von 748 bei Fumagalli, Codice diplom. Sant' Ambrosiano (1805) nr. 6 p. 25 und bei Troya, Codice dipl. Langob. IV 619 p. 328 [1]): accepi ad te — auri solidum unum meis udilitatibus peragendo usque in caput anni pro quibus uno solido posui tibi loco pigneri seo fiducia nexo idest petiola una de prado loco — — — in intecrum ipsa petiola abeat pro onurem de suprascripto solido in prescriptum constitutum. Expleto vero anno reddere promitto uno solido sine onure — recipere prado meo ad me et defendere promitto ipso prado ab omni homine defensare dum ipso solido aput me fuerit et si menime complivero de omnia quibus superius legitur conpuna tibi cui supra credituri meo ipso solido in dublo, etsi in antea inducia dederis, abeat ipso prado, dum te legidime sanare potuero.

---

1) Ich bemerke dabei, daß auf diese und auf andere der folgenden Urkunden, in der Richtung, daß sie, wie die lex Langobardorum, den Ausdruck fiducia, fiduciare u. s. w. enthalten, schon von Andern hingewiesen worden ist, so von Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 114 No. 1.

In einer Pisaner Urkunde von 777 bei Muratori, antiquitates Italiae medii aevi III p. 1013[1]) findet sich gleichfalls noch der römische Name, aber der Vertrag selbst hat durchaus germanisches Gepräge: Hec terra — — tivi in affiduciato dedi et tradavi. Dato enim constitutu supradicti Soledi ad redendo in Sancti Stefani post isti alii proxime venientem, et dum usque ipso divito nos auveremus, pro nullo ingenio non aveamus licentia vindere nec alienare, et si vindidero aut alienavero ego aut meus heres, tu — — aut tuos heredes licentia aveatis ipsa terras prindere — avire et dominare in extromento vinditionis — si suprascripti Soledi — in suprascripto constitutu — non redederemus — licentia aveatis tu aut tuos heredes supradicta terra avire et dominare in vestra potestate: Veräußerungsinterdiktion, Retrakt des Pfandgläubigers, lex commissoria, nach dem Zuschnitt unzähliger deutscher Urkunden.

So eine Urkunde von 813 in den Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca V 2 nr. 389 p. 235[2]): quia mutuum suscepimus a te — argentum solidos duodecim —. Et pro ipsos solidos opponimus tibi in affeciato unam petia de terra nostra — usque in sex anni expliti — — tu — vel heredes tuos predicta terram in affeduciato habere et possidere debeatis vobis privatum fruendum — — — — — semen . . . . . quod est ordeo in nostram reservavimus potestate.

Vgl. auch die Urkunde v. 809 bei Fumagalli nr. 30 p. 120: pro usuris eorum de suprascriptis dinariis punemus nus suprascriptis Dagimundo et Vvalderisso devitoris

1) Dieselbe findet sich auch in Brunetti, Codice diplom. II 1 nr. 8 p. 228, wo bemerkt ist: ponere in affiduciato = ponere o dare in pegno.

2) Vgl. auch Val de Lièvre S. 114 No. 1.

vovis Sesoaldi et Trasemundi creditoris nostris in logo pigneris seo fiducio idest omnibus rebus juris nostris in fundo Solomno — — aber so, daß die Verpfänder gegen eine Jahresabgabe in Besitz und Genuß bleiben; mit lex commissoria: ut regungat ipsis Sesoaldo et Trasemundo pretio tanto quanto tres justi hominis extimaverit et ipsis Dagimundo et Vvalderissi faciat eorum cartola vinditiones — —. Es sind dies wohl die ältesten bis jetzt edirten Satzungsurkunden, älter als alle diejenigen, welchen man bis jetzt die Prämie des höchsten Alters zuerkannt hat [1]).

Dem 9ten und 10ten Jahrhundert gehört eine Reihe von Salernitanischen Satzungsverträgen an, welche hauptsächlich in dem Codex diplomaticus Cavensis ans Licht getreten sind [2]). So eine Urkunde von 871 (C. dipl. Cav. I 70 p. 92): pro ipsos tremisses posuit tibi in pigno terra mea cum arboribus suis de fructiferis et biteneus in locum ubi dicitur jovis — — in tali tinores, dum ipse supradictus aput nos detinueritus fuerit, suprascripta terra in tua potistatem abendum, laborandum et subfrugiendum — — —; so eine Urk. v. 882 ib. I 91 p. 117: — in muctum accepit — solidos quinque — ut amodo et usque in quinque anni conpleti emisit te in ipso casalem meum — — in tali bero rationem, ut bos ipso laborate cum bobi et date media semente et nos ibi ponimus media semente, et laboramus manua-

1) Die in Lörsch und Schröder's Urkundensammlung Nr. 51 als ältestes Beispiel „der Satzung als Tauschgeschäft" allegirte Urkunde v. 862 aus Wartmann's Urkundenb., worin Jemand sein Vermögen dem Kloster schenkt und darunter auch quodcunque in pignus acceptum habeo, deutet allerdings höchst wahrscheinlich auf in Nutzpfand gegebene Immobilien hin; aber jedenfalls ist sie nicht das älteste urkundliche Zeugniß unseres Institutes.

2) Auf diese Urkunden des Codex dipl. Cavensis, sowie auf die Urkunden des Cartulaire de Redon hat schon aufmerksam gemacht Sohm in Grünhuts Zeitschrift V S. 13.

liter, et potamus et bendidiamus cum omnem meo spengio, et omnem frugio et laborem et binu et poma per equaliter debidamus annualiter; et amodo et usque dum ipsi solidi aput nos fuerit, non habeamus potestatem per nulli modi nec bindere nec donare, neque per nulla rationem ubique ipso dare, usque dum ipsos solidos bobis reddamus — also Nutzpfand zur Hälfte pro indiviso mit Theilung von Arbeit und Ertrag! So eine Urkunde v. 979 ib. II 316 p. 135: conjunctus sum cum eo, ut pro ipso pretium, quod ab ipso accepi, poneret ego ei in pignum integre duabus torne de vinee — Ea ratione, ut amodo et usque ad duos annos conpletis integra ipsa jamdicta vinea et terra cum arboribus infra supradicte finis teneatis et possideatis, et laboretis, et frugietis, et de ipso frugio omnia faciatis, quod vobis placuerit; et si ego aut meos eredes potuerimus tibi in eodem constitutum dare quinque solidos — integra ipsa vinea et terra — redeat in potestate nostra; et si ego aut meos heredes non potuerimus retderet tibi aut ad tuos eredes in eodem constituto ipsi jamdicti solidi — ud integra ipsa jamdicta rebus abeatis — usque dum conpleat decem annos; — et si infra ipsi jamdicti decem annis conpletis nos vobis non potuerimus retdere ipsi jamdicti solidi, — ut nos adjungnetis nobis unum solidum — et vos abeatis integra eadem rebus — ad vestram proprietatem abendum, et possidendum et faciendum exinde omnia, quod vobis placuerit [1]) — —. Ganz ähnlich eine fast 100 Jahre spätere Salernitaner Urkunde (v. 1077) in Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens IV 75 p. 101: Ego Lidto — — prestitui Ademari — duo-

1) Ueber die Häufigkeit der Verfallklausel in den italienischen Urkunden vgl. auch Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 28.

decim auri tari voni, ut amodo et usque sex anni completi illis sivi abendum et faciendum, quicquit voluerit. Et probter oc per convenientiam — — tradidit michi una pecia de terra sua cum arbusto vitatum — — ut amodo et usque ipsi sex anni completi nostre potestatis illut aveamus, fovee omnes nostre utilitatis ibi faciamus, et quicquit fructus, quos inde tollere potuerimus de super et de subtus, inclitum illut nobis aveamus faciendi ex eo, quicquit voluerimus. Completi vero ipsi anni obligavit se ipse Ademari et eredum illius, retdere nobis nostrisque eredibus de propria sua causa alii duodecim auri tari voni — —, ut sine junta illut dare possamus, et ipsa tradictio ad omnes frugia recollecta ei remidtamus. Et si ipsi tari minime nobis retdere potuerit de propria sua causa, et illut nobis dandum venerit, atjungamus ei pretium a super ipsi tari, sicut ipsa rebus abpretiata fuerit per doctos omines et deum timentes, et firma nobis carta emtionis secundum legem facta et cum pena obligata.

Aehnlich eine Urkunde v. 1117 in Regni Neapolitani archivi monumenta VI nr. 571 p. 36, welche auch noch den Ausdruck infiduciare enthält: accepi a te — — idest auri tari trideci — — — pro quibus eis infiduciabi tibi tuisque heredibus a modo et usque in memoratum constitutum — idest integra tertia mea de integra petia de terra posita in loco — — hec autem memorata integra tertia mea que superius tibi infiduciabi — in tua tuisque heredibus siat potestate illut dandi et dominandi seu frugiandi et de ipsa frugia faciendi exinde omnia que bolueritis usque in constitutum: complente vero memoratum constitutum jam dicti venturi quinque anni expleti — — ego et filiis filiabus seu heredibus meis tibi tuisque heredibus vel cui ista chartula

in manus paruerit [1]) dare et rendere debeamus idest auri tari trideci — et tunc recolligamus a vobis ipsum quod superius tibi infiduciabi una cum ista chartula at nostra potestate — — — et si in ipsu constitutum ipsi tari de nostrum proprium minime habere potuerimus — quod superius tibi infiduciabi — — illut venumdare debeamus pro pretium ut tunc illut atpretiatum fuerit — —.

Vgl. auch folgende Urkunde v. 1011 im Codex dipl. Cav. IV 642 p. 182: si non potuerit nobis retdere ipsi tari in ipsa festivitate sancte marie, licead me vel meis eredibus totum ipso abellanietum nostre potestatis tenere et frudiare; et quante abellane ibidem collexerimus et quodcumque frugens ibidem fecerimus, totum nostre sint potestatis — —, also ein Nutzpfand, für den Fall der Nichtzahlung an einem bestimmten Termin, wie später vielfach als Folge des pactum ingrediendi, über welches zu vgl. Wach, italienischer Arrestprozeß S. 57 fg. Eine italische Satzungsurkunde aus dem 11ten Jahrhunderte findet sich auch in den Monumenta historiae patriae, Chart. II 144 p. 183: convadio, quod mittunt — ecclesie — hoc est medietas cujusdam decime — et est precium XV solidi, tali tenore quod si idem fratres in via ierosolimitana obierint, ecclesia quiete habeant pro anima — — si vero redierint et XV solidos reddiderint, recuperare poterint.

Wie hier in Italien die deutsche Satzung als ein altkräftiges Institut erscheint, welches im Zusammenstoß mit der fiducia sich unmerklich an ihre Stelle setzte und hierdurch deren allmähligen Untergang herbeiführte, so finden wir auch in Frankreich die Satzung bereits im 7ten Jahrhundert, zwar nicht in

1) Mit der chartula geht Forderung und Pfand über, eine höchst bedeutsame Stelle! S. auch die sofort zu erwähnende Urk. v. 1011 am Schlusse. Vgl. Brunner in Goldschmidts Z. XXII S. 505 fg.



Urkunden, wohl aber in Formeln; denn von den verschiedenen Cautionsformularen, welche **Rozière**, recueil général des formules I nr. 374 — 377 zusammenstellt, gehört die eine (nr. 375) bereits der Andegavensischen Formelsammlung an (formul. Andeg. XXII bei **Giraud**, Essai II p. 442).

Doch auch in fränkischen Urkunden läßt sich die Satzung mindestens in die ersten Jahrzehnte des 9ten Jahrhunderts hinauf verfolgen; namentlich bietet die Sammlung der Documents inédits ein ganz überraschend reiches Resultat. So verschiedene Urkunden des Cartulaire de Redon, insbesondere:

Urk. v. 826 ib. nr. 34 p. 27: pignoravit partem terrae — super solidos XX et XII modios de siclo usque ad caput aliorum VII annorum; et (si) tunc non poterit redemi, iterum maneat terram, alioquin si tunc si poterit, redimat suam terram, et iterum, si tunc non poterit, simili modo fiat ipsa terra ipsa in manus Rivvalatri usque ad capud aliorum trium VII annorum; et tunc si non poterit Mertinoharnus reddere suos solidos ad Rivvalatrum, permaneat ipsam terram supradictam ad Rivvalatrum et cui voluerit post se, in alode et conparato — — also Nutzpfand mit Verfallklausel, ganz nach dem Muster der 378ten Formel in Rozière's recueil (I p. 468). Aehnlich eine andere Urkunde von a. 826 in demselben Cartular nr. 133 p. 100. Sodann eine Urkunde zwischen a. 826 und 840 ib. 200 p. 156: pignoravit — partem terrae — pro XV solidis usque ad caput VII annorum; et si tunc redempta non fuerit, maneat inconvulsa in luh, in dicombito[1]), ad supradictum Beatus. In einer Urk. von a. 859 ib. 104 p. 78 heißt es: vadiaverunt — salinam — pro XV solidos ad monachos —, quoadusque potuerint eam redimere. Ferner Urkunde von

1) = decumbito = amortisato. Vgl. **Du Cange** s. v. decumbitio.

863 ib. nr. 169 p. 130: vvadiavit — — salinam — — si non fuerit redempta usque ad supradictum tempus (21 Jahre) — maneat in monachia sempiterna. Aehnlich Urkunde v. 867 ib. nr. 68 p. 53: vadiavit — totum quod tenebat in Colvvoretan — — et alligavit fidejussores vel dilisidos[1]) ad supradictos monachos — — si ad supradictum tempus — non redimerit — maneat inconvulsa et in monachia sempiterna. In einer Urkunde v. 870 ib. nr. 234 p. 181 findet sich die Verfallklausel in folgender eigenthümlicher Art: — si tunc redempte non fuissent, permansissent usque ad finem mundi — —.

Ebenso verschiedene Urkunden aus dem 10. und 11. Jahrh. in dem Chartularium Athanacense, welches in den Documents inédits hinter dem Chartularium Saviniacense publicirt ist. So Urk. von vielleicht a. 963 ib. nr. 168 p. 677: inpignoravimus tibi aliquid de rebus nostras — — et accepimus de vobis precium — — solidos VII et facies de ista vinea quid de fructum exierit quicquid facere volueris usque in tercio anno, et si a tercio anno non potest adinplere ipsum precium in ipsa convencione, ipsa vinea permaneat — (das Folgende ist wegen einer Lücke unsicher). In einer Urkunde von 977 ib. 113 p. 637 findet sich die Garantie eines bestimmten Fruchtgenusses, ganz so, wie in der Folge in unzähligen deutschen Urkunden des 13. und 14. Jahrh.: impignoro vobis curtilem unum — pro solidis XV, ea tenore ut tandiu predicte ecclesie monachi ipsum curtilem teneant, donec ipsum debitum persolutum sit; ita tamen ut singulis annis tres modios et dimidium de

---

1) dilisidos oder dilesidos = Bürgen, vgl. Du Cange ad v. dilesidus, wo auch diese Stelle erwähnt ist. Vielleicht ist dilisidus = gilisidus = gisilidus, Gisel, Geisel?

vino eis reddatur, et si in ipsa vinea tantum non habuerit, ex meo alio tantum persolvam. — — —

Aehnlich eine Urkunde von 1002 ib. nr. 43 p. 585: inpignoramus vobis pro soldis VI — aliquid rerum nostrarum — — ut tamdiu teneatis vos hanc — terram, quamdiu reddamus vobis hoc — pretium, et ipso anno quo hec terra non reddiderit fructum, nos persolvamus vobis unum modium vini; und in einer Urk. von 1013 ib. 152 p. 667: inpignoro tibi — — — — — et in ipso anno que hec vinea non reddiderit duos modios et dimidium de vini, nos persolvamus tibi. Vgl. auch ebenda Urkunden von circa a. 1000, nr. 49 p. 590 und nr. 61 p. 599.

Und im Chartularium Saviniacense selbst besagt eine höchst interessante Urkunde von a. 977 (nr. 250 p. 168): dono vobis — mansum unum in convadio pro triginta solidis. — Ea vero ratione trado, ut a diebus Paschae — usque ad festivitatem sancti Joannis Baptistae, si antea non redemero, ipsum mansum pro solidis supradictis teneatur; si vero pretium persolvero, recipiam. Quod si ad ipsum terminum pretium ipsum non fuerit persolutum, mansus ipse sit, sicut lingua rustica dicitur, impopec [1]), faciatisque ex illo — quicquid pro utilitate loci vestri facere volueritis. Vgl. ferner Urkunde von circa 980 ib. 338 p. 202.

Eine reiche Ausbeute für das 11. Jahrhundert bietet das Cartular von St. Victor de Marseille (herausgegeben von Guérard). So Urkunde von 1044 ib. nr. 1047 II p. 515: quia debitores sumus Deo et predicto monasterio — per XV uncias auri — quas tu — et monachi — nobis prestastis in maxima nostra necessitate —. Propterea impignoramus Deo et pre-

1) Ein m. Wissens linguistisch noch nicht aufgeklärtes Wort.

dicto monasterio — ipsam ecclesiam sancti Vincentii — cum suis omnibus alodis et decimis et primiciis et oblationibus et suis pertinentiis adque adjacentiis — — exceptus ipsum redditum sinodi, hoc sunt dinarios XII — — hoc modo et ordine ut ego — reddere faciam ad supradicto domo — XV uncias auri de ista festa sancti Michahelis ad aliam venientem. Et si ego aut — non reddiderimus ipsum debitum —, teneat ipse supradicto monasterio — usque dum reddite sint supradicte uncie auri — cum illorum lucro per tercium perunumquemquem annum. Ebenso Urk. v. 1048 ib. nr. 78 I p. 107: mutuo suscepimus — — centum octoginta solidos — et pro pignore ipsum quartonum [1]) de Cathedra eis dedinus. Ferner Urk. zwischen a. 1064 und 1079 ib. nr. 292 I p. 310: non possimus dare aut alienare aut inpignorare nisi sancto Victori; v. circa 1070 ib. nr. 305 I p. 324: Alium mansum mittit nobis in guadium, v. 1076 ib. nr. 87 I p. 115: IIII libras denariorum — ab eis accepi et quendam meum campum in guadium [2]) misi. So andere Urkunden aus dem 11. Jahrh. z. B. ib. nr. 42 I p. 65: in gadio tenebat — per VIII modios de annona, in tali convenientia, ut, si annonam reddidissent, vineas recuperarent; so ib. nr. 324 I p. 339 terra que misit in pignora, vgl. ib. nr. 686 II p. 25; sodann Urk. von 1118 ib. nr. 1101 II p. 573 impignorare, cuicumque volueritis, so von 1205 ib. nr. 1115 II p. 590 (Verpfändung der Einkünfte des Hafens von Marseille), von 1212 ib. nr. 1117 II p. 591.

Dem Ende des 11. oder dem Anfang des 12. Jahrh. gehört eine Urkunde in dem Cartulaire von Grenoble (herausgegeben von Marion) an, nämlich B 116 p. 171: misit in guadimonium modium vini decime vinearum — — pro

1) Ein Getreidemaß.

2) In der Ausgabe steht gaudium.

IIII sextariis frumenti — et IIII solidis — et debet tantum tenere — — decimam, donec accipiat frumentum et denarios; ganz ähnlich ebenda eine Urkunde von 1110 ib. B 115 p. 171, wo ebenfalls ein Zehnte verpfändet wird. Ebenso wird in einer Urkunde des Cartulaire de l'abbaye de Saint-Père de Chartres nr. 26 I p. 285 Erwähnung gethan der pignera que mihi Rosellus noscitur appignerasse. — Besonders interessant durch Alter und durch Inhalt sind einige Urkunden bei Vaissete, histoire générale de Languedoc V (1875) Chartes et diplomes; so eine Urkunde von 1027 ib. 186 p. 382: Ego Geiraldus et uxor mea Ava, pignoratores sumus Sancti Michaeli cenobio Coxani — aliquit de alaudem nostrum, quem habemus in Villanova de Roster —. Facimus vobis cartam pignorationis propter uncias II auri, quod comodastis nobis, ut de cursu aquae faciatis a flumine Ted usque ad villam quem dicunt Basoni, tam per alaudem nostrum quam per fevum sive per bajoliam — — concedimus, ut inde vobis melius videtur, aprehendatis predictam aquam — et transire faciatis. — In tali vero conventu facimus hanc cartam, ut, si nos reddimus ipsum aurum similem — — aut nos ac filii nostri vel filiae, hanc cartam reddere faciatis: zugleich ein sehr interessanter Fall der Verpfändung einer Wasserleitungsgerechtigkeit, worauf unten zurückzukommen ist. Eine zweite Languedocer Urkunde v. 1034 ib. nr. 200 p. 404 enthält Folgendes: Ego impignorator sum tibi — modiatas VI de vineas propter uncias duas — in tali vero conventu, ut tamdiu teneas ipsas vineas cum ipsa ribaria et fructum — donec reddam tibi in festivitate sancti Martini — duas uncias. Eine dritte Urkunde v. 1067 ib. nr. 278 p. 546 wird später benützt werden.

Aus dem 12ten Jahrhundert seien noch erwähnt: Ur-

kunde zwischen 1127 und 1141 aus dem Cartulaire de St. Etienne de Baigne (en Saintonge) publié par Cholet (1868) nr. 447 p. 181: decimam — quam in vadimonium dedit Achardo monacho de Boiset XX^ti sol. tali pacto, ut teneret eam monachus quinque annos et postea suprascriptus Willelmus ecclesie possessori XX^ti solidos redderet et, ut hoc firmum esset, fide sua concessit et osculum monacho attribuit [1]); aus derselben Zeit eine Urkunde ib. nr. 443: posuit in vadimonio — parumper terre — pro X^em solidis usque ad tres annos, tali convenientia quod si ille vel alius vellet hanc terram predictam alicui dare vel vendere vel in vadimonio mittere, non posset facere, nisi ecclesie (der Gläubigerin); Urkunde zwischen 1141—1149 ib. nr. 445 p. 180: decimam vinearum — — in vadimonium posuit pro XV^im solidis — tali pacto, ut quando — XV^im solido sreddere vellet, decimam libere recuperaret; Urk. v. 1144 ib. 444 p. 180: redditum — tamdiu haberet, donec nummi sibi vel monacho — redderentur. — Quod ipse Ademarus et Guido frater ejus fide et osculo tenendum firmaverunt.

Schließlich läßt sich das Nutzpfand auch bei den Angelsachsen bis in das 10. Jahrhundert zurück verfolgen. Aus dem Jahre 961 nämlich ist eine Urkunde in angelsächsischer und lateinischer Fassung vorhanden, deren Nachweis ich dem Allegate bei Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde S. 198, verdanke. Sie findet sich angelsächsisch bei Kemble, Codex diplom. aevi saxon. nr. 499, II p. 387, und mit englischer Uebersetzung bei Thorpe, diplomatarium anglicum aevi saxonici p. 201, in lateinischer Fassung ib. p. 204 und Kemble nr. 1237 VI p. 44. Hier heißt es: Contigit aliquando patrem meum Sigelmum habere

1) Man beachte diese Betheuerungsform.

necessitatem XXX librarum, quas a quodam principe nomine Goda mutuo accepit, et pro vadimonio (angelsächsisch anwedde) eidem dedit terram quae nominator Culinges, qui tenuit eam septem annis. Septimo itaque anno — — — venerunt illi in mente XXX librae, quas Godae debebat, quas statim ei reddere fecit. Vgl. auch die interessante Urkunde im Register of Malmesbury abbey (Ed. Brewer-Martin, 1880) II nr. 225 p. 82. Das Nutzpfand ist also eine den verschiedensten deutschen Stämmen gemeinsame uralte Institution.

Vom 12. Jahrh. an begegnet uns das Institut in einer solchen Fülle deutscher Urkunden, es bietet sich uns dasselbe in so vielen Phasen und Wandelungen, in so vielen Variationen und Verwickelungen dar, daß das nähere Studium derselben uns einen vollkommenen Ersatz gewährt für die Lücken, welche uns die Ueberlieferung des römischen Rechts gelassen hat. Denn, wo immer ein Institut sich im frischen Leben selbstständig entwickelt, kann man sicher sein, daß uns diese Entwickelung in instinktiver Naivität die innersten Triebkräfte des Institutes enthüllt, uns seine fruchtbaren Keime in reichster Entfaltung offen legt. Allerdings, wenn wir daraus Nutzen schöpfen wollen, nicht nur für die Rechtsgeschichte, sondern auch für das praktische Recht, dann müssen wir uns zuerst klar werden, ob denn dieses deutsche Nutzungsinstitut in seinem innersten Wesen jenem Nutzpfande adäquat ist, welches in den, allerdings nur spärlichen, Resten des römischen Rechtes erscheint und von da aus als gemeinrechtliche Norm uns regieren will; oder ob es ein wesentlich verschiedenes Institut ist, welches etwa im 16. und 17. Jahrh. dem verzehrenden Hauche des römischen Rechtes unterlag und nur noch in der rechtsgeschichtlichen Erinnerung fortlebt.

Nun hat allerdings eine verbreitete Ansicht der deutschen

s. g. ältern Satzung jeden für die Civilistik fruchtbaren Boden entzogen, indem sie die Pfandrechtsqualität derselben läugnete und sie als ein kaufähnliches Geschäft mit Einlösungsrecht des Verkäufers construirte, so daß der eine Contrahent die Nutzung, der andere den Preis gewährte, wobei nur eben dem erstern das Recht der Einlösung vorbehalten bliebe [1]). Allein diese Ansicht ist ein kapitaler constructiver Fehler. Um dies darzuthun, haben wir zunächst die principielle Frage zu beantworten, ob das Einlösungsrecht ein obligatorisches oder dingliches Recht war. Nun ist es einmal sicher, daß es auch gegen den Singularsuccessor galt, nicht minder aber, daß die Wirkung der Einlösung nicht etwa in der Erzeugung einer obligatorischen Restitutionspflicht bestand, sondern daß sie das Satzungsrecht des Gläubigers direkt und ohne weitere Vermittlung löste. Den besten Beweis hierfür bietet das sächsische Lehenrecht. Denn ein Lehen auf Treue, mit obligatorischer Restitutionspflicht, war nach sächsischem Rechte möglich, Sächs. Lehnrecht a. 55 §. 1. 4. 7; nicht aber ein Lehen mit einer Resolutivbedingung, denn al lenunge die de herre dem manne dut, die sal he ime geweren to sime live, he ne late't up oder it werde ime mit lenrechte verdelt, Sächs. Lehnrecht a. 78 §. 1, auctor vetus III 22: Omnis concessio ad tempus conditionaliter est reprobabilis [2]). Hätte die Satzung nun dem ersteren entsprochen, so wäre dem Pfandlehen ein materielles Hinderniß nicht im Wege gestanden; allein die Satzung wirkte von selbst resolutorisch, folglich war eine Verbindung derselben mit dem Lehensverhältniß unmöglich. Daß dies

1) Vgl. Meibom in Bekkers und Muthers Jahrb. IV S. 444 und in seinem deutschen Pfandrecht S. 264 fg., welchem sich anschließen Lewis, Succession des Erben S. 111, und neuerdings Franken, das französische Pfandrecht im Mittelalter I S. 98 fg. 200. Gegen Meibom namentlich Stobbe, krit. Vierteljahrschr. IX S. 294 und deutsches Privatrecht II S. 267 fg., Sohm in Grünhuts Zeitschr. V S. 12.

2) Ueber den Grund dieses Satzes später.

der Spiegler in a. 55 nicht klarer ausdrückt, als er es thut, ist bei der wenig entwickelten juristischen Reflexion jener Zeit und der Schwerfälligkeit der damaligen Rechtssprache leicht begreiflich. Vgl. Albrecht, Gewere S. 144 fg., Homeyer, Sachsensp. II 2 S. 343. 346, Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher S. 122, Lewis, Succession des Erben S. 113, Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 266 fg. Dazu kommt aber, daß, mindestens nach sächsischem Rechte, eine solche obligatorische Restitutionspflicht bezüglich des Ueberganges auf die Erben großen Schwierigkeiten unterlegen wäre, nicht nur passiv, sondern auch activ, Schwierigkeiten, wie sie in a. 55 §. 4 und 7 des Sächs. Lehenrechts unverhohlen zu Tage treten: §. 4 Gut dat deme manne gelegen wert up sine trüwe — — erft it uppe sine sone, unde die ne dürven't nicht uplaten deme herren umme losunge, sie ne hebben't selve gelovet. §. 7 — — Deme gut alsüs gelegen wert, he n' is nicht plichtich dat gut up to latene umme losunge weder des herren sone, noch niemanne an den't geboret na sines herren dode, he ne hebbe't ime gelovet to latene. Vgl. Homeyer II 2 S. 343, vgl. auch Siegel, Erbrecht S. 180 fg., Stobbe in Bekker und Muthers Jahrb. V S. 303 fg., Martitz, eheliches Güterrecht S. 154 fg. Daß ein solches Verhältniß in keiner Weise zu der Satzung stimmt, bedarf keiner Ausführung; selbst wenn diese Beschränkungen eine Eigenart des sächsischen Rechtes gewesen wären, so würden sie den dinglichen Character der Auflösung des Satzungsrechtes beweisen, da das Satzungsgeschäft mit aller seiner Eigenart auch in den Ländern des sächsischen Rechtes reich vertreten war.

Ist aber damit erwiesen, daß das dingliche Satzungsrecht durch Rückzahlung der Satzungssumme von selbst zusammenfällt, so ist damit die ganze Bedingtheit und Abhängigkeit des Rechtes dargethan; es ist dargethan, daß das Satzungsrecht, wie das

römische Pfandrecht, stets auf der Schneide sitzt, daß ihm stets das Damoclesschwert über dem Nacken schwebt, weil es nur zu einem bestimmten Zwecke gegeben ist und mit Erledigung dieses Zweckes seine Lebensaufgabe vollbracht hat. Die Zweckfunktion ist dem Satzungsrechte ebenso immanent, wie dem römischen Pfandrechte: es ist ein Nutzungsrecht mit Zweckbestimmung, nicht ein Nutzungsrecht zur allgemeinen Vermögensbereicherung ohne individualisirten Zweck. Zwar hat man entgegengehalten, daß im deutschen Rechte der Verpfänder regelmäßig nur ein Einlösungsrecht, keine Einlösungspflicht habe, mithin nicht als fortdauernder Schuldner, wie im römischen Rechte, zu betrachten wäre, indem vielmehr seine Schuld durch Hingabe des Nutzungspfandes wettgemacht und ausgeglichen sei. Der Vordersatz ist richtig [1]), rechtfertigt aber den Schluß in keiner Weise. Aller-

1) Uebrigens kommt es auch im deutschen Rechte mannigfach vor, daß nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger das Kapital kündigen kann. So Urkunde v. 1305 im Codex diplomaticus Silesiae II (Ed. Wattenbach) nr. 28 p. 24: und noch dem tage wen (der Gläubiger oder seine Erben) ir gelt habin woldin, zo sullin zy uns lassin wissin czyne mondin be vor und auch ap wir (Schuldner) uns von en weldin ledigin, zo sullin wir auch zy lassin wissin czyne mondin be vor — —. So Urkunde v. 1341 im Calenberger Urkundenbuch IX 103 p. 69: quod diem redempcionis dictorum agrorum quivis nostrum alteri in duodecim sanctis noctibus nativitatis domini quovis anno licite poterit preintimare. So Urkunde v. 1352 im Lüneburger Urkundenb. I 471 p. 290: Unde ik (der Pfandgläubiger) und mine erven moghet usen vorbenomeden heren (den Verpfändern) unde eren erven — — unde se us kuendeghen de lose der borch unde des gudes unde der vere — alle jar in suente Nicolaus daghe — —. Ebenso Urk. v. 1377 ebenda II 881 p. 244: hundert mark unde sestich mark — de wy en vruntliken betalen scholen unde willen to midvasten, de denne neghest tokomende is, wanne wy en edder se uns dat tovoren to wynachten kundighen. Aehnlich Urkunde v. 1383 in v. Hodenberg's Lüneburger Urkundenb. Abth. XV nr. 189 p. 133: wan he my de lose kundeghet in den twolff nachten to sunte peters daghe aller neghest dan to komende is so schal ik unde wille ome sine reden penninghe geven ane siner hinder und vortoch. Vgl. auch Urk. v. 1385 ib. nr. 198 p. 138. Aehnlich Urkunde v. 1416 im Hoyer Urkundb. (Ed. Hodenberg) I 404 p. 243:

dings, ein Obligationsverhältniß in der Art, daß die Erfüllung lediglich in die Willkür des Schuldners gestellt ist, so daß ihn weder irgend ein Zwangsmittel trifft, noch auch ein sonstiges rechtliches Soll zur Leistung verbindet, wäre ein bloßer Schall, ein leerer Apparat, dem jede Federkraft mangelte: nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit, fr. 108 §. 1 de V. O., cf. fr. 8 de O. et A., fr. 17, fr. 46 §. 3 de V. O., fr. 7 pr. de contr. emt. Dagegen ein Obligationsverhältniß in der Art, daß der Gläubiger sich zur Befriedigung lediglich an ein bestimmtes Gut zu halten hat, daß er, sofern ihm nicht freiwillige Deckung geboten wird, seine Befriedigung nur aus den Erträgnissen eines bestimmten Gutes schöpfen und aus denselben seine Schuld allmählig abtragen darf, ist vollkommen gültig und wirksam; nur daß hier die Federkraft der Obligation nicht in einem Schwunge zur Entwicklung gelangt, sondern nur in allmähligem continuirlichem Zuge ihr Ziel erreicht. So liegt die Sache bei derjenigen Satzung, welche das deutsche Recht Todsatzung, das französische umgekehrt vifgage nennt, indem das erstere von dem Kapital ausgeht, welches seiner Vernichtung entgegensieht, das letztere von dem Pfande, welches durch die Aufhebung der Kapitalschuld seine Lebenskraft bethätigt.

Ebenso ist ein Obligationsverhältniß in der Art möglich, daß zwar die Heimzahlung des Kapitals in das volle Belieben des Schuldners gestellt ist, aber dieses Kapital, solange die Heimzahlung nicht erfolgt, ständige Zinsen aus seinem Schoße

---

unde wan wy dat — Slod weder losen willet ofte wan se ore — golt weder hebben willet, dat schulle wij on ofte ze uns vorkundigen ofte kundigen laten alle Jar to Sunte Michaelis dage — —; Urkunde v. 1400 im Cod. Brandenburg. (Ed. Riedel) XI p. 156 nr. 6: wan die obingnantin — daz slos wider von uns — losen wollen, daz sullen sie uns — eyn vierteil iars czuvor vorkundigen — —. Glicher wis, wan wir — daz vorgnante geld — von yn widirhabin woldin — — —.

erzeugt, so daß das Kapital in dem freien Belieben des Schuldners steht, nicht aber die Kapitalrente[1]) — eine Geschäftsform, welche bekanntlich in der Gestalt des Rentenkaufs die Kapitalmächte des Mittelalters in hohem Grade beschäftigt hat. Denn die Rente ist nicht zu verstehen ohne die Unterstellung eines produktiven Kapitals, für dessen Innehabung die Rente als Zeitlohn gegeben wird; was sich in ökonomischer, finanzieller und juristischer Beziehung in einer Reihe von Consequenzen bethätigt[2]). Der Ausdruck Rentenkauf ist daher ebenso unrichtig, ebenso dem juristischen Charakter und der ökonomischen Individualität des Geschäftes widersprechend, als wenn man das Darlehen als den Kauf einer Zinsen- und Restitutionsforderung, oder die Miethe als den Eintausch einer Miethzins- und Restitutionsforderung construiren wollte; vielmehr ist der Rentenkauf prin-

---

1) Vgl. auch Stobbe, krit. Vierteljahrschr. IX S. 295 fg. Schon das römische Recht kannte dauernde Rentenverhältnisse, vgl. die Rentenlegate des fr. 6 und fr. 20 §. 1 de annuis legat., vgl. auch die aus den Bäbianischen und Veleiatischen Tafeln sich ergebenden Beziehungen. Der Satz plura esse legata, fr. 4 de annuis leg., welchen man entgegengehalten hat, spricht nicht gegen die Rentenqualität; denn er war nur ein Aushülfsmittel, um für das seinerzeitige Erlöschen der Rente einen konstruktiven Anhalt zu bieten, mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten, welche sich das römische Recht durch die Maxime: ad diem obligatio constitui nequit, und durch die Auslegung dieser Maxime selbst bereitete, §. 3 J. de V. O., fr. 55 leg. I, fr. 44 §. 1 de O. et A., Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 197 fg.; auch cessirte der Satz bei der Rentenstipulation, denn hier hieß es stipulatio una est, fr. 35 §. 7 de m. c. don., fr. 16 §. 1 de V. O.

Unrichtigerweise wird die Obligationsqualität der ewigen Rente bestritten von Meibom in Bekkers und Muthers Jahrb. IV S. 498 fg. Hiergegen Gerber in Iherings Jahrb. VI S. 269 fg. und denselben ib. II S. 46. Vergl. auch Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch S. 130 fg., und die dort cit. Literatur.

2) Man denke nur an den Usufrukt einer Rente, vergl. mein Autorrecht S. 281, vgl. auch Mansbach, Nießbrauch an Forderungen S. 62, Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch S. 127 fg., Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts I S. 667.

cipiell dasselbe Kapitalgeschäft, wie das Darlehen [1]), und wenn man im Mittelalter theils aus Mangel an wirthschaftlichjuristischer Anschauung, theils auch in tendenziöser Weise, um dem canonischen Zinsverbot zu entschlüpfen, anders construirt hat, so kann das natürlich unsere juristische Erkenntniß nicht beirren.

Ein solches Kapitalgeschäft liegt aber, wenn auch unbewußt, zu Grunde, wo das Pfand nicht auf den Tod des Kapitals gesetzt ist, sondern der Genuß der Sache nur die Befriedigung für das Innehaben und für den Genuß des Kapitals zu bieten bestimmt ist, also in jenen gewöhnlichen Fällen der Satzung, welche man im französischen Rechte als mort-gage, mortgaige bezeichnet. Ueberall, wo gegen Kapitalhingabe ein amortisationsloses Nutzungspfand, mit Ablösungsrecht aber ohne Ablösungspflicht, bestellt wird, ist der zu Grunde liegende rechtliche Gedanke der, daß das Capital gewisse continuelle Vortheile gewährt, für welche ein periodisches Entgelt zu leisten ist, daß aber zur Hebung dieses Entgeltes der periodische Sachgenuß bestimmt ist, ganz ebenso wie vorhin zur allmähligen Hebung des Kapitals; wobei dann dem Schuldner die Befugniß zusteht, durch Rückzahlung des Kapitals die Rente und damit den Genuß der Sache zu lösen, aber auch nur die Befugniß der Einlösung zusteht, nicht die Pflicht der Einlösung obliegt. Nun ist allerdings der eigentliche Rentenkauf später als das Nutzungspfand [2]): er ist aus der Analogie der, auf dinglicher Abhängig-

1) Vgl. auch Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich II S. 250 fg.

2) Vgl. zum Folgenden Albrecht, Gewere S. 172 fg., Neumann, Geschichte des Wuchers S. 212 fg., Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht IV S. 15 fg., von Wyß, die Gült und der Schuldbrief in der Zeitschrift für schweizerisches Recht IX S. 2 fg., 8 fg., Arnold, Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 80, 88, 102, 103, 106, 117, 134, Rosenthal, zur Geschichte des Eigenthums in der Stadt Wirzburg S. 63 fg., 81 fg., 90 fg. Vgl. auch Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 162 No. 10.

keit beruhenden, Gült- und Zinsverhältnisse hervorgegangen, und hat sich entwickelt, indem man zuerst das Eigenthum des Grundstücks an den Kapitalisten übertrug und von diesem das erbliche Nutzungsrecht gegen Zahlung einer periodischen Rente zurückerhielt, so daß die Rente nicht ein schlichtes Gläubiger- und Schuldnerverhältniß darstellte, sondern ein Verhältniß dinglicher, ja selbst persönlicher Unterordnung manifestirte. Wie häufig solche Geschäfte bereits in den ältesten Zeiten vorkamen, beweist ein Blick in die entsprechenden Urkundenbücher, vgl. z. B. Wartmann, Urkundenbuch der Abtei St. Gallen nr. 3, 18, 19, 24, 25, 33, 46, 50, 54, 55, 56 u. s. w. (aus dem 8. Jahrh.)[1]). Hieraus hat sich erst späterhin das Rentengeschäft in der Art entwickelt, daß ohne Uebertragung des Eigenthums, unter Beibehaltung des Volleigenthums, die Rente dem Grundstücke auferlegt wurde. Allein diese historische Entwicklung spricht natürlich in keiner Weise gegen unsere Construction, da sich eben die Rentenidee zuerst in der Gestalt des mort-gage geltend gemacht und erst später durch die mannigfachsten Umwege hindurch zu der reinen Gestalt des Rentenkaufs herausgebildet hat; wie ja fast alle fruchtbaren rechtlichen Ideen zuerst in verhüllter Gestalt auftreten, wie z. B. auch die indirekte Execution durch Zwang gegen die Person geschichtlich älter ist, als die directe Sachexecution, wie die abstracte, reine Obligation jünger, als die individuell concretisirte, wie der reine Vertrag das letzte Destillat der juristischen Abstraction gewesen ist[2]).

Das Wirken und Walten der Rentenidee bei dem mortgage beweist denn auch die Geschichte desselben. Sehr häufig

---

1) Vgl. auch Neugart, Codex dipl. Alem. nr. 77. 91. 118. 120. 135. 184.

2) Die nahe Verbindung von Rente und Satzung ist auch sonst bereits vielfach betont worden, vgl. Arnold, Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 134.

wurden Mort-gage-Verträge in der Art abgeschlossen, daß aus dem geschuldeten Kapital zunächst eine Rente ausgeschlagen und dann die Pfandnutzung zur Hebung der hiernach constituirten Rente überwiesen wurde: hier sind die constructiven Elemente des Geschäftes auseinandergelegt, welche sonst in unbewußter Mischung liegen. So in dem Kapitalgeschäft, welches Dumoulin in seinem Commentar zum Tit. I der Coutume de Paris ad a. 18 nr. 12 (Consuetudines sive constitutiones almae Parisiorum urbis, Ed. Francof. 1575 I p. 329 fg.) erwähnt: Vasallus ampli feudi sed pecunia indigens, anno domini 1481 vendidit, constituit et assignavit specialiter super feudo suo, et generaliter super omnibus bonis suis, quinquaginta libras annui et perpetui redditus, mediante summa quingentarum librarum, quam accepit a creditore, sive ab emptore redditus, sub clausula ex stylo notariorum assueta, quod venditor se dessaisinat, dessaisinavit et demisit, in manus notariorum [1]), ab omnibus haerediis et praediis suis, usque ad valorem seu concurrentiam dicti redditus, ad commodum dicti emptoris — — volens et consentiens dictum emptorem, de eis usque ad dictam concurrentiam saisiri, investiri, et in possessionem recipi per dominos feudales — —. Ebenso aber auch in unzähligen deutschen Urkunden, insbesondere bei Verpfändung von Zöllen und sonstigen Einkünften: in der Art, daß der Gläubiger die fixe Rente, und nicht mehr, erheben kann, vielfach auch so, daß dem Gläubiger der ganze Genuß zugewiesen, ihm aber der fixe Rentenbetrag garantirt wird. So eine Urkunde v. 1218 bei Beyer (resp. Eltester und Görz), Urkundenbuch zur Geschichte der jetzt die Preußischen Regierungsbezirke Coblenz und Trier bildenden mittelrheinischen Territorien III 85ª p. 85; hier

1) Eine Rechtsform, welche für die Entwicklung des dinglichen Vertrags im höchsten Grade interessant ist.

ist einer Kirche eine jährliche Rente pro anniversario celebrando bestellt, und dafür wird nun ein Pfand gegeben: allodium meum — pro pignore exposui — quousque prefata ecclesia dictos XXXII libras plene et integraliter sub testimonio bonorum virorum receperit. Aehnlich eine Urkunde v. 1278 im Hoyer Urkundb. II nr. 25 p. 29: pro decem Marcis vel pro tanto precio, quantum annuatin (!) una Marca comparari possit in redditibus pignoris obligamus. Insbesondere aber eine große Reihe von Urkunden des 14. Jahrh., z. B. Urkunde v. 1310 bei Boos, Urkundb. der Stadt Aarau (1880) nr. 23 p. 22, Urk. v. 1326, Meklenburger Urkundenbuch VII 4739 p. 371, v. 1338 ib. IX 5868 p. 111, v. 1344 ib. IX 6380 p. 532, 6409 p. 554, 6418 p. 558, 6426 p. 266, 6446 p. 582, 6462 p. 599, v. 1345 ib. IX 6535 p. 663, 6536 p. 664, 6559 p. 690; so v. 1347 im Fürstenberger Urkundenbuch (herausgegeben v. Riezler) II 261 p. 164, v. 1351 ib. II 287 p. 180, so die zahlreichen ebenda IV p. 124—126 im Auszug mitgetheilten Urkunden. So zwei Urkunden v. 1330 im Augsburger Urkundenbuch (herausgegeben von Meyer) I 295 p. 261 und 296 p. 262, wo für 300 M. der Judenzins bis zum jährlichen Betrag von 60 Pf. Pf., und für 100 M. derselbe bis zum Jahresbetrage v. 20 Pf. Pf. verpfändet wird. So eine Urkunde v. 1370 im Lüneburger Urkundb. II 656 p. 39, wo für 280 Mark jährlich 28 Mark bedungen und auf den Salzzoll angewiesen werden; so Urk. v. 1377 ib. II 881 p. 244: für 160 M. jährlich 11 Mark, auf Salzpfanne angewiesen; so Urkunde v. 1382 ib. II 973 p. 339. Ebenso die Urk. v. 1386 bei Schannat, Sammlung alter historischer Schriften und Documente, I nr. 10 p. 32: für 5000 Pf. Heller jährlich 500 Pf., auf verschiedene Einkünfte angewiesen. Aehnlich eine Würzburger Urkunde v. 1435 (s. Beilage), wo für 1500 fl. eine Rente von 100 fl. zugesichert und dafür ein Pfandgenuß gewährt wird. Vgl. auch

in Lacomblet's Urkundenbuch die Urkunden v. 1453 IV 307 p. 375, v. 1546 IV 553 p. 692, und aus dem Hoyer Urkundb. die Urk. v. 1461 I 505 u. 506 p. 331. Interessant ist eine Urkunde v. 1379, welche im Bremer Urkundenbuch III 546 p. 514 im Auszug mitgetheilt ist, wo ein Gut in der Art verpfändet wird, daß, was dasselbe über die Rente erträgt, herauszugeben ist, was unter derselben, zum Kapital geschlagen wird. Aehnlich eine Urkunde v. 1303 im Meklenburger Urkundenbuch V 2882 p. 124, wo ein Haus für 10 Mark verpfändet wird, in der Art, daß der Pfandgläubiger de conductione domus unam marcam tollat pro censu, et residuum deputabit de decem marcis — quousque suas decem marcas recipiat. Aehnlich eine Urkunde von 1372 Lüneburger Urkundb. II 765 p. 131: ein Kalkberg ist verpfändet für 700 Mark; der Pfandgläubiger soll daraus jährlich ziehen 70 Mark als Zinsen, sodann weiteres als Ersatz für Leistungen, welche er übernimmt, bis zusammen 250 Mark: gewinnt er mehr, so geht es vom Kapital ab, gewinnt er weniger, so ist es ihm vom Verpfänder zu ergänzen. Noch interessanter ist eine Kalkbergverpfändung v. 1383 ib. II 986 p. 351: hier wird der Kalkberg verpfändet für eine unverzinsliche Summe von 730 M. und für eine weitere Summe von 1864 M., von welcher ein Jahreszins von 124 M. zu entrichten ist. Von dem Jahreserträgniß ist zuerst der Zins zu entnehmen, sodann das Kapital abzumindern, aber zuerst das unverzinsliche, dann erst das verzinsliche. Vgl. auch noch die Urk. v. 1546 im Cod. Brandenburg. (Ed. Riedel) X p. 92 nr. 28. Es verhält sich daher mit der Kapitalrente ebenso, wie wenn für eine Gült ein Nutzpfand gegeben wird, wie z. B. in einer Urkunde v. 1227 im Urkundenbuch des Herzogthums Steiermark (herausgegeben von Zahn) II 244 p. 334, oder in einer Urkunde v. 1340 im Augsburger Urkundenbuch I 376 p. 359, oder in einer Urkunde v. 1368 bei Baur, hessische Urkunden V 465 p. 436.

Am klarsten zeigt sich der praktische Werth dieser Zergliederung dann, wenn eine theilweise Einlösung des Pfandkapitals stattfindet, wo dann die Rente und der ihr entsprechende Genuß herabgemindert wird. So eine interessante Urkunde aus Chur v. 1488, welche in der Zeitschrift f. Geschichte des Oberrheines XX S. 162 mitgetheilt ist; hier ist ein Weinzehnte für 20 Pfund Pfennig Rente verpfändet; gegen Rückzahlung von 100 Pf. wird die Rente und die entsprechende Hebung aus dem Weinzehnten auf 15 Pfund Pfennig reducirt.

Offensichtlich war es diese Rentenidee im Zusammenhalt mit dem Rentenkauf, welche das Mort-gage-verhältniß in Deutschland so vielfach gegen die, aus dem canonischen Zinsverbot entspringenden, Bedenken deckte, vgl. c. 1 u. 2 de empt. et vend. Extrav. comm. (3, 5), so daß es hier viel weniger Anfechtung erfuhr, als in Frankreich; vergl. auch Neumann a. a. O. S. 182 fg. Ganz hat es auch hier nicht an Anfechtung gefehlt; das beweisen die bei Neumann S. 183 fg. citirten Bestimmungen; das beweisen auch die mehrfachen Sonderwege, welche man eingeschlagen hat, um sich von dem Verbote zu lösen. Am wenigsten versteckt ist der Weg, welchen eine Urkunde von 1259 Beyer (bezw. Eltester, Görz), Urk.b. der ...... mittelrheinischen Territorien III 1509 p. 1090, einschlägt: Renuntiantes spontanee omnibus exceptionibus juris canonici et civilis; ebenso Urkunde v. 1338 in Seibertz, Urkundenbuch II 662 p. 269, wo der Verpfänder gleichfalls verzichtet omni juris auxilio — Canonici et civilis. Ganz anders zwei Urkunden v. 1163 im Urkundenbuch des Herzogthums Steiermark I 475 und 476 (p. 441 fg.). In der ersten wird gesagt: usum vero fructuum ejusdem curtis eisdem fratribus in sustentationem pro remedio anime nostre contulimus — et ne pro usu fructuum — — aliqua fratribus illis fiat supputatio, — interdicimus. In der zweiten: ne ejusdem

impignorationis aliquis scrupulus posteris remaneat, universitati vestre lucide significamus quod usu(m) fructum — non pro usura, sed pro redemptione anime nostre et omnium antecessorum nostrorum — in usum prebende concedimus —; was sofort an eine italienische Urkunde v. 1190 erinnert (Monumenta historiae patriae, Chart. I 434 p. 962): sit in electione creditoris, aut predictum pignus ingredi et habere godimentum pro lucro — denariorum et habere de omni lib(ra) omni mense denarios sex, donec debitum sit solutum. Et si lucrum vel usura ibi est vel fecerit, predictus episcopus illud dedit ei pro dono; oder an eine östreichische Urkunde von 1281 Urkundb. des Landes ob der Enns III 574 p. 529: omnia et singula que — perceperunt sive percipient, ex mera liberalitate donamus sic, quod illesa conscientia cuncta percepta et percipienda ante solutionem debiti principalis habere valeant nec computare teneantur in sortem; ebenso die bestätigende Urkunde von 1284 ib. IV 27 p. 24.

Da, wo eine solche fixe Rente bestimmt ist, welche den Nutzungen entnommen werden soll, findet vielfach eine Festsetzung in der Art statt, daß ein bestimmtes Quantum von Naturalien ein und für allemal als das entsprechende Aequivalent der Rente ausgeschlagen wird; so in einer Urkunde v. 1273 im Meklenburger Urkundenbuch II 1296 p. 463. Es steht dies im Gegensatz zu denjenigen Verabredungen, wo Jahr für Jahr das Erträgniß abgeschätzt und mit der Rente verrechnet werden soll, wie in einer Urkunde v. 1383 bei Seibertz II 864 p. 645: Dat sullet se alle yar myt uns rekennen, als dat korn gemeynliken gyldet up deme markede to deme Berge eynis Sunabindes vor und eynes Sunabindes na sente mychahelis dage; denn diese Verabredungen charakterisiren das Nutzungs-

pfand in seiner vollen Reinheit. Jene vertragsmäßigen Fixirungen aber bilden sofort den juristischen Uebergang zu derjenigen Form der Verpfändung, wo zwischen Sachgenuß und Kapitalsrente gar keine Abrechnung gepflogen, sondern der Sachgenuß ohne alles weitere als das pauschale Aequivalent für die dem Kapitalgenusse entsprechende Jahresrente erklärt wird. Ich meine dabei „juristischen Uebergang" nicht in historischem, sondern in constructivem Sinne; denn diese Art pauschaler Abmachung, bei welcher auch die Festsetzung der Rente vollständig zu unterbleiben pflegt, ist in der That die ursprüngliche gewesen, sie hat bereits stattgefunden zu einer Zeit, als die Rentenidee noch in ihrer frühesten Kindheit lag. Da aber die Rechtsidee nicht bewußt, sondern unbewußt schafft, so ist es von selbst klar, daß durchaus nicht die einfachsten, sondern vielmehr die constructiv schwierigsten Verhältnisse in der Jugendzeit des Rechts auftraten, in einer Zeit, wo seine Gebilde noch keine constructive Schulung genossen hatten, und wo auch der ausgleichende Faktor des Geldes noch nicht auf der Höhe seiner Kraft stand — ebenso wie die Sprachen in einem bestimmten früheren Stadium der Entwicklung complicirter sind, als in späteren Zeiten, das Sanskrit complicirter, als das Griechische, und dieses wieder complicirter, als das Englische.

Ein solcher Pauschalvertrag geht über die Grenzen des Pfandrechts hinaus, denn er bindet sich nicht mehr an den Zweck einer bestimmten Geldbefriedigung; vielmehr tritt zu den Elementen des Pfandverhältnisses noch ein Speculationsmoment hinzu, ohne welches, wie oben berührt, auch die griechisch-römische Antichrese nicht verständlich ist. Der Pfandgläubiger übernimmt nämlich die Speculation des Mehr oder Weniger, was die Pfandsache gegenüber der Kapitalsrente erträgt; er bezieht den Gewinn des Plus und erleidet den Verlust des Minus. Dieses Speculationsgeschäft ist, weil es im Ausgleich gegen die

Rentenschuld stattfindet, eine datio in solutum, ein Zahlungsgeschäft; aber, wohlbemerkt, nicht in der Art, als ob der Pfandgläubiger die Früchte kraft eines in dem Geschäfte enthaltenen Traditionsaktes in Ausgleichung der Rente zu eigen erhielte — das wäre grundfalsch, er bezieht die Früchte, wird Eigenthümer derselben, kraft seines dinglichen Pfandrechts — wohl aber in der Weise, daß das, was er kraft seines Pfandrechts aus der Sache dinglich erworben hat, unangesehen, wie viel oder wenig, die Deckung der Rente bilden und an Stelle der Zahlung derselben treten soll, so daß jede Abrechnung und jeder Ausgleichungsanspruch unterbleibt; also analog einem Zahlungsgeschäfte, wornach dasjenige, was etwa der Mandatar aus einem Mandatsverhältnisse zu eigen erwerben wird, ihm ganz oder zu einem quoten Theile zur Deckung seiner Auslagen und Bemühungen verbleiben, von der obligatio restituendi entbunden sein soll[1]). Jedoch gilt das Verhältniß natürlich nur so lange, als die Rentenpflicht dauert; mit der Einlösung des Kapitals und dem folgeweisen Erlöschen des Rentenrechts nimmt auch das Rententilgungsgeschäft sein Ende.

Uebrigens kommt dasselbe Geschäft auch bezüglich der Tod-

---

1) Wenn Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 34 behauptet, der Erlaß einer Forderung, die der Schuldner seinerseits gegen seinen Gläubiger hat, sei keine Leistung, welche unter den Gesichtspunkt des in solutum dare falle, indem hier der Begriff des Compensationsvertrags zutreffe, so ist dies richtig, sofern es sich um zwei existente Ansprüche handelt, weil hier jeder den andern ausgleicht und nicht gesagt werden könnte, welches der zahlende, welches der zu zahlende Anspruch ist. Anders in unserem Falle; hier ist bedungen, daß ein Anspruch auf künftige Rückzahlung des Ueberschusses des Fruchtertrags gar nicht erwachsen soll, damit dies als Aequivalent diene für den Ausfall der Rente in sonstigen Jahren. Der Verzicht auf das Entstehen künftiger möglicher Ansprüche aber, um damit den wirklichen oder möglichen Ausfall eines gegnerischen Anspruchs zu decken, ist ein Zahlungsgeschäft, eine datio in solutum. Hier kann nur das erstere die Deckung des letzteren sein, nicht umgekehrt.

satzung vor, indem der Jahresertrag der Sache einer bestimmten Summe gleichgestellt wird, welche periodisch am Kapital abgeht. Die Construction ist hier die gleiche bezüglich des Kapitalabzugs, wie vorhin bezüglich der Rententilgung; und die Folge ist die, daß die Abminderung des Kapitals in regelmäßiger Kadenz stattfindet, und im Fall einer Einlösung einfach die den seitherigen Genußjahren entsprechende conventionale Summe von dem Kapitalbetrag in Abzug zu bringen ist. Diese Gestaltung der Todsatzung findet sich mannigfach in der urkundlichen Ueberlieferung; so in einer Urkunde v. 1275 im Bremer Urkundenbuch I 367 p. 405, wo bestimmt ist, quod — — singulis annis ad diminucionem debiti unam marcam argenti, quousque dictam domum — redimamus, in sortem computabit; so in einer östreichischen Urkunde v. 1358, Urkundb. des Landes ob der Enns VII 569 p. 579, wo bestimmt ist, daß von einer Pfandschuld von 600 Pfund jedes Jahr 100 Pfund abgehen sollen, so daß nach 6 Jahren die Pfandsache „ledichlich“ zu „widerantwurten“ sei; so ferner in einer Urkunde v. 1417 bei Meichelbeck, Historia Frisingensis II 2 nr. 316 p. 222: das wir die egenant Herschaft mit iur zugehörung fir die obgen zehen tausent guldein innhaben, und auch die nutz — innemen sullen vir ganze iar — — und so wir danen dieselben vir iaruntz volliklich also ingenomen habn, da sullen — — das egenante gsloss und herrschaft Lack mir iur zugehorung gentzlich wider ledig lassen.

Mit unserer Construction steht auch der Satz des deutschen Immobiliarsatzungsrechts, wornach mit dem Untergang der Sache zugleich die Pfandforderung des Gläubigers untergeht, in völliger Harmonie. Daß dieser Satz des germanischen Rechts in einer bestimmten Entwickelungsperiode eine nahezu universelle Bedeutung hatte, kann m. E. keinem Zweifel unterliegen. Er ist hervorgegangen aus der noch vielfach im Mobiliarpfandrechte

geltenden Regel, wornach der Pfandgläubiger für den Verlust des Pfandes vollkommen einzustehen hat, welcher Satz später nach verschiedenen Richtungen hin abgeschwächt wurde, vergl. Stobbe, deutsches Vertragsrecht S. 251 fg., Wilda, Strafrecht der Germanen S. 554, Meibom S. 283 fg., Lewis, Succession des Erben S. 102, Franken, das französische Pfandrecht I S. 317 fg.[1]) Eine der interessantesten Belegstellen hierfür bieten die Assisen von Jerusalem, Cour des bourgeois ch. 56 (Ed. Beugnot II p. 51): C'il avient que un home preste à un autre homme XX besans, et il en prent guages, si come sont seintures d'argent ou autre vaisselement d'argent, et il avient puis que le prestour pert les guages, ou que il li sont emblés, la raison si coumande que en quelque maniere le prestour pert les guages ou qu'il li soient emblès, qu'il les deit amender à celuy qui les li bailla en gage, par dreit et par l'assize[2]). Es ist dies eine rohere Behandlung der Haftungsfrage, welche alle Völker einer bestimmten Kulturstufe einmal durchmachen, bevor sie zur klaren Erkenntniß des Schuldbegriffes gelangen; wofür der Nachweis vom Standpunkte der vergleichenden Rechtswissenschaft an

1) Vgl. jetzt auch Jobbé-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles (1881) p. 100.

2) Auf diese Rechtsanschauung deuten auch noch Urkunden, in welchen der Gläubiger die Haftung für den vollen casus ablehnt und ablehnen zu müssen glaubt, so Urk. v. 1286 im Westphälischen Urkundenbuch (Ed. Wilmans) III nr. 1311 p. 685: tytulo pignoris obligavit, hoc adjecto, quod si in eadem mansione vel in bonis predictis aliquid dampni acciderit sive per incendium sive per invasionem vel ruinam vel alio quocunque modo ... prepositus — — (Pfandgläubiger) ad restaurum minime teneantur. Aehnlich eine Urkunde v. 1292 im Calenberger Urkundenb. Abth. IX nr. 45 p. 33: si per casus fortuitos, seu hosticam rabiem, vel cuiuscumque violenciam, villicacionem ipsam devastari, sive deteriorari contigerit, semper in omnem modum — (Pfandgläubigerin) tam diu eam retinebit, quousque — suam pecuniam plenarie fuerit assecuta. Vgl. auch Urk. v. 1308 Cod. Brandenb. (Riedel) X p. 455 nr. 14.

anderem Orte zu erbringen ist. Unter den Ermäßigungen dieser kasuellen Haftung nun ist keine von solcher Bedeutung geworden, wie die, daß der Pfandgläubiger im Kasusfalle zwar keinen Ersatz zu leisten hat, aber sein Kapital verliert; diese Abschwächung wird zuerst für einige typische Fälle des casus angenommen [1]); so z. B. in dem höchst interessanten Züricher Lombardenprivilegium v. 1409, Zeitschrift f. schweizerisches Recht IV, Abth. Rechtsquellen S. 35: Wär ouch das si kein Pfand, das inen versetzet were, verlurin, anders dann von Für, das Pfand süllent si gelten, als sich ein Rat erkennet gen einem der argwänig ist, welicher aber nit argwänig ist, dem süllent si das Pfand gelten als er es mit sinem Eide behept, doch also das inen an denselben verlornen Pfendern abgan sol das, so si uf dieselben Pfand verlichen hand, das si das dester minder hinus geben süllent, ane Geverde. Wurden aber die Pfand von Für verloren, do süllent die Lamparter Houptguot und Gewin verloren haben, und der das Pfand, des es gewesen ist; später für den casus überhaupt, wofür ein sehr treffendes, m. W. bisher nicht benutztes, Zeugniß aus der officiellen coutume de Bayonne v. 1514, tit. XX a. 14 fg. (bei Bourdot de Richebourg, nouveau coutumier général IV p. 960) zu entnehmen ist:

a. 14 Si la chose baillée en gage se pert, estant sous le pouvoir du creancier, le crediteur pert la somme; et aussi le debteur la plus valeur de la chose engagée et perdue.

a. 15 Sinon que la perdition fust advenue par faute et coulpe du crediteur.

a. 16 Auquel cas le crediteur paye le surplus au debteur.

---

1) Bekannt ist der Fall des Sachsensp. III 5 § 5.

Ziemlich universelles germanisches Recht ist dieser Satz geworden bezüglich der Immobiliarsatzung, wofür die Zeugnisse bei den erwähnten Autoren zu vergleichen sind, und dazu noch weiter eine Urkunde v. 1351 im Lüneburger Urkundenb. I 464 p. 280: vorloren se aver edder ere ammechtlude dat slot van wanhuede edder van unlukke, des god nicht en wille, so scholden se ere gheld in deme slote unde we dat slot vorloren hebben; ebenso eine Urkunde von 1376 im Bremer Urkundenbuch III 498 p. 461, worin bestimmt wird, daß, wenn das verpfändete Schloß dem Pfandgläubiger entrissen werde: so wolle der Verpfänder dat slot unde wicbelde wedder winden, unde dar scholet ze uns truweliken to helpen. Were ok, dat wy dat slot unde wicbelde nycht wedder winnen konden, so scholet ze dat ghelt verloren hebben, dar id en vore zatet was van uns, unde vorder scholet ze dar nene nod umme liden. Daß das Recht speciell diese Gradation der Haftung mit solcher Energie erfaßt hat, ist leicht erklärlich: denn es ist dabei ein neuer rechtlicher Gedanke zum Durchbruch gekommen, der Gedanke, die obligatorische Tenenz des Schuldners auf die wirthschaftliche Werthkraft eines bestimmten Gutes zu beschränken, welcher Gedanke bereits im römischen Rechte in den Noxalklagen durchgedrungen ist; auch hat sich dieser Gedanke hier in derselben construktiven Gestalt geäußert, wie bei den Noxalklagen [1]): wie bei diesen, ist nämlich das obligatorische Soll des Schuldners dahin abgeschwächt, daß derselbe sich von seiner Verpflichtung durch Preisgebung der Pfandsache lösen kann, aber auch nur durch volle Preisgebung derselben; daher, wenn die Sache noch theilweise vorhanden ist, das Vorhandene dem Gläubiger heimgeschlagen werden muß, vgl. z. B. die Statuta Susatica: relinquet creditori reliquias incendii vel ruine et fundum

1) Vergleiche über diese Gestaltungen Ehrenberg, beschränkte Haftung des Schuldners S. 73 fg.

pro pignore, sic creditor nil amplius potest petere, und überhaupt Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes S. 265. Allerdings kann diesem abgeschwächten Soll des Schuldners ein ungeschwächtes Soll der Bürgen zur Seite stehen, so daß der Gläubiger sich an die Bürgen halten kann, ohne daß diese sich in gleicher Weise liberiren können, vergl. z. B. Schwabenspigel (Laßberg) a. 258, Culm V 34: her vorluset syne pfennynge doran, dy her dorumme gab dorumme is ym gesatzet was. Hot her abir burgen doruf genommen, dy sullen ym syne pfennynge gebyn. Doch, daß das Soll des Bürgen stärker ist, als das des Schuldners, ist, namentlich im deutschen Recht, eine keineswegs singuläre Erscheinung. Nichts kann ferner liegen, als den soeben berührten Rechtssatz von der beschränkten Haftung mit Meibom S. 289 dahin zu deuten, daß der Pfandinhaber überhaupt keine Forderung gegen den Verpfänder habe, indem durch die Hingabe des Nutzpfandes die Sache wettgemacht sei. Schon die Haftung des Bürgen widerspricht dieser Erklärung in unabwendbarer Weise.

Ihr widerspricht auch die weitere Entwicklung, welche das Institut im Rechtsleben genommen hat; in vielen Urkunden nämlich ist bereits der Standpunkt der beschränkten Haftung überwunden, wie denn auch diese Haftungsgränze nur für gewisse wirthschaftliche Verhältnisse den adäquaten rechtlichen Ausdruck bietet. Die Erweiterung des Gläubigerrechts hat sich meist in der Art vollzogen, daß der Verpfänder für den etwaigen casuellen Untergang die Garantie übernahm oder bestimmte sonstige Ersatzmittel darbot; so eine Urkunde v. 1266 im Meklenburger Urkundenbuch IV 2690 p. 217, wo der Schuldner pro defecto ipse fidejussit; so eine Urkunde v. 1328 ebenda VII 4959 p. 600, wo für den Fall der Zerstörung des Pfandes bestimmt ist: wy scholen en ghelden ere schuld — dar en desse pande vorstunden; und in einer interessanten Kölner Urkunde

v. 1311, bei Ennen und Eckertz, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln IV 2 p. 2, wird den Gläubigern folgendes Aushülfsmittel zugesichert: Si vero Lombardi — ante plenariam solutionem dicte pecunie a possessione et perceptione thelonei et reddituum eorundem ejicerentur et amoverentur quocumque casu contingente, ita quod non possent tollere et percipere redditus antedictos, poterunt dicti Lombardi — si impedimenta hujusmodi eis non deposuerimus, extunc pecuniam — recipere ad usuras judeorum vel custus cawercinorum vel alibi, ita quod super quamlibet marcam unus denarius ascendat qualibet septimana, que dampna et interesse per fidem suam poterunt declarare [1]).

Man könnte zur Vertheidigung der bekämpften Kauf- und Tauschtheorie noch etwa auf das Retraktrecht verweisen, welches bei unserer Satzung vielfach anerkannt wird, vgl. z. B. das Eisenhauser Weisthum v. 1485 (Grimm, Weisthümer III S. 346) und die übrigen bei Stobbe, deutsches Privatrecht II S. 132. 133 No. 15, citirten Belege, sodann die später zu erwähnenden französischen Quellen; allein auch dieser Umstand steht mit unserer Auffassung in keinerlei Widerspruch. Das alte Beispruchsrecht hatte sich auf alle Arten der Immobiliarveräußerung, und darunter auch auf die Satzung erstreckt, z. B. Zimmerle, Stammgutssystem S. 194: daher auch die vielen Satzungsurkunden, in welchen die Zustimmung der nächsten Erben erwähnt wird [2]). Als sich das Beispruchsrecht später in das Retrakt-

---

1) Vgl. auch Stobbe krit. Vierteljahrschr. IX S. 315.

2) Vgl. z. B. Urkunde (wohl aus dem Anfang des 13. Jahrh.) im Calenberger Urkundenb. VI. Abth. nr. 3 p. 4: nos decimam nostram de consensu et beneplacito heredum nostrorum — pro XX[ti] marcis — obligavimus. Urk. v. 1330 bei Hodenberg, Lüneburger Urkundenbuch, Abth. XV nr. 133 p. 97: obligacionem pignoraticiam — cum consensu omnium suorum heredum in decima — —. Urk. v. 1341 ib. Abth. XV nr. 150 p. 108: cum consensu conthoralis mee dilecte et ratihabitacione

recht umsetzte, konnte dies allerdings nicht bei allen Arten von Veräußerungen geschehen, so nicht bei der Schenkung, und so überall da nicht, wo, wie beim Tausch, die Gegenleistung eine individuelle, von dem Dritten nicht prästirbare ist; anders verhält es sich mit der Satzung: denn hier kann der Kapitalgenuß, der wirthschaftliche Motor des dem Gläubiger gewährten Sachgenusses, auch von dem Retrahenten gewährt werden; auch dieser kann dem Eigenthümer ein Kapital überantworten, und sich zur Deckung desselben auf ein Grundstück anweisen lassen. Die rechtliche Form der Ausübung des Retraktrechts aber ist die Zahlung des dem Schuldner gegebenen Kapitals an den Gläubiger, unter Eintritt in dessen Forderung und Pfandrecht.

Noch weniger widerspricht es natürlich unserer Theorie, wenn deutsche und französische Rechte, für den Fall, daß die Dauer der Satzung eine bestimmte Zeit übersteigt, die entsprechenden Mutationsgebühren auferlegen; denn dieses erklärt sich von selbst aus dem, dem Gläubiger gewährten, Genußrechte und aus der Fülle seiner Befugnisse. So war nach einem Simonswalder Weisthum (Grimm, Weisthümer I S. 369) die Gebühr zu entrichten, wenn das Nutzpfandverhältniß über ein Jahr dauerte; so nach französischen Quellen bei 3jähriger oder 9jähriger Dauer, wie sich dieses unten des Näheren ergeben wird.

Somit ist nachgewiesen, daß auch der deutschen Satzung ein pecuniäres Zweckmoment zu Grunde liegt, daß sie aus demselben Holze geschnitten ist, wie das römische Nutzpfand und, wie dieses, zur fiducia in schroffem constructivem Gegensatze steht. Die Kauf- und Tauschidee, welche dem Geschäfte den wahren

---

omnium meorum heredum quorum interfuit intersit seu interesse poterit quoquomodo obligavi — — totalem minorem decimam. Urkunde von 1383 ib. Abth. XV nr. 189 p. 133: dat ik ghe satet hebbe unde sette eyne rechte sate mit ganser vulbort unde leve Hinrikes mynes broders unde al miner erven — — myne wische — unde mine koten — —.



Kapitalgenußcharakter abstreift und das Einlösungsrecht, das innerste Ferment des Geschäfts, zu einer äußerlichen Beigabe macht, ist daher verfehlt. Ihr widersprechen auch die Urkunden, welche einen Verzicht auf das Pfandrecht enthalten, ohne daß damit ein Verzicht auf die Forderung, an welcher das Pfand klebt, verbunden wäre, da die Forderung gewöhnlich in anderer Weise sicher gestellt wird. Hierher rechne ich z. B. eine Urkunde v. 1321 Monumenta Boica XXIV nr. 41 p. 354: daz ich mit guter gunst und mit gantzens willen han ledich lazzen und laze ledich Ulrichen — aller der phantscheft und aller der Rechte mit den mir in mein genaediger Herr — ze phantscheft versetzet het, wan in mein vorgenanter Herr — dem Gotshaus ze Castel willicleich geaigent hat. Jener Theorie stehen aber ferner die unzähligen Urkunden entgegen, in welchen für die allerverschiedensten Schuldgattungen, für die allermannigfachsten Varietäten von causae debendi Nutzpfänder als Deckungs- und Befriedigungsmittel gegeben werden, — nicht als ob dadurch der ursprüngliche Schuldtitel consumirt und in dem Pfande begraben würde, sondern so, daß das Pfand nur als Mittel erscheint, um für die geschuldete Summe einen periodischen Zeitgenuß abzuwerfen oder das Kapital selbst allmählig abzutragen. Es gibt Urkunden, in welchen für Schulden aller Art, antiqua debita ac nova, Pfänder gegeben werden, z. B. Urk. v. 1333 im Meklenburger Urkundenbuch VIII 5409 p. 346; in manchen wird der Schuldtitel nicht speciell erwähnt: pro quadam summa pecunie, qua eis tenebatur, bei Wyß, Hessisches Urkundenbuch I nr. 5; gewöhnlich aber wird ein besonderer Schuldtitel genannt: so Schenkung, Stiftung, Gelübde, Legat, z. B. Urk. v. 1239 Ulmisches Urkundenbuch I 42 p. 56 (Dotation anläßlich des Eintritts ins Kloster), Urk. von 1295 Meklenburger Urkundenb. III 2358 p. 604, Urk. v. 1302 Urkundb. des Landes ob der Enns IV 446 p. 414, v. 1308 ib.

IV 583 p. 546, Urk. v. 1327 im Bremer Urk.b. II 283 p. 282, Urkunde v. 1239 im Cartulaire de l'abbaye d'Orval (in der Collection de chroniques Belges inédites) nr. 233 p. 262: l'église d'Orval doit tenir, tosjors mais en pure et permanable amone entièrement, tos les fruis del molin de Maincourt, à totes les oblies, et les trois pars de moulin de Cupigny, à totes les oblies, por faire pitance à convent, el jor de l'anniversaire monsignor Huon mon mari et le mien. Ein besonders häufiger Titel ist die an die Neuvermählten zu leistende Ausstattung, z. B. Urkunde Rudolphs von Habsburg v. 1277 bei Gaupp, Stadtrechte I S. 183, Urkunde von demselben v. 1290 bei Lacomblet II 893 p. 533; Urk. v. 1313 im Urkundenbuch ob der Enns V 100 p. 99, v. 1339 im Meklenburger Urkundenbuch IX 5994 p. 216, v. 1347 im Fürstenbergischen Urkundenbuch II 261 p. 164: wand er den edeln graven Hugen von Furstenberg bewisen wolte vierzig mark geltes uf sinü gut, die er im darumb ingeben und setzen wolte für vierhundert mark silbers — der er dem selben graven Hugen schuldig ist ze rehter hainstüre und siu im gelopt und verhaissen hat zu siner tohter vron Adelhait — —. Aehnlich Urkunde v. 1386 bei Schannat, Sammlung alter historischer Schriften und Documente I nr. 10 p. 32 fg. Auf diese Weise wird in einer Urkunde v. 1386, Zeitschr. f. Gesch. des Oberrheins XX S. 96 eine Pfandschaft verafterpfändet, und in einer Urkunde v. 1356 ib. XX S. 456 fg. werden von den Eltern des Bräutigams den Eltern der Braut verschiedene Güter in Pfandschaft gegeben, während die Eltern der Braut diese Pfandschaft den Brautleuten für die versprochene Dotation wieder in Afterpfand geben u. s. f.

Noch häufiger wird unser Institut benützt, um die Ehefrau für ihre Ansprüche auf Wittum, Morgengabe, Wieder-

lage, Rückzahlung des Einbringens u. s. w. zu decken. So Urk. v. 1285 Lacomblet II 813 p. 481 und 1405 ib. IV p. 34, Urk. v. 1332 bei Boos, Urkundenb. der Stadt Aarau nr. 44 p. 43, Urk. v. 1344 Urkundenb. des Landes ob der Enns VI 494 p. 497, v. 1359 ib. VII 617 p. 627; so Urk. v. 1357 Fürstenberger Urkundenb. II 320 p. 207, v. 1377 ib. II 471 p. 307, 1399 ib. II 574 p. 377: so habent wir si des selben gutes — gewisett uff disü nachgeschribnen guter und gelt und ir die in pfandes wis in gesetzett, das si und ir erben nun hinnanhin da von järlichs haben und niesen sont und mugent zwai hundert pfunt und nündhalbs und sechtzig pfunt — —, Urk. v. 1403 ib. III 12 p. 8. Vgl. auch die Urkunde bei v. Wyß, die Gülte und der Schuldbrief, in der Zeitschr. f. schweizerisches Recht IX S. 26 No. 1. In einer Urkunde v. 1345 Fürstenberger Urk.b. II 248 p. 158 wird ein Nutzpfand bestellt für die Geldsumme, welche der Ehemann der Ehefrau als Entschädigung verspricht für die Gestattung, ihr Eigengut zu verkaufen; in einer Urk. v. 1406 Lacomblet IV 42 p. 44 für die Rückerstattung der, anticipando bezahlten, dos, falls die Ehe nicht zu Stande kommt, u. s. w.

Aber auch für Verkehrsschulden aller Art ist die Satzung als Deckungsmittel im Gebrauch. So für Zahlung des Kaufpreises, Urk. von circa 1150 in Beyer (bezw. Eltester, Görz), Urkundb. zur Geschichte der jetzt die Preußischen Regierungsbezirke Coblenz und Trier bildenden mittelrheinischen Territorien, I 559 p. 617: novem diurnales et dimidium arabilis terre — emi — — Preterea vinum mihi vendidit — — Non habens igitur ad manum pecuniam — censum quendam — in vadimonio ei deposui; so Urk. von 1269 im Westphälischen Urkundb. (Wilmans) III nr. 841 p. 440: pro septingentis et quinquaginta marcis — in quibus ipsis

ratione emptionis castri — teneri recognoscimus; so Urk. v. 1314 Lacomblet III 134 p. 99, v. 1322 III 192 p. 165; so auch Urk. v. 1286 Ulmisches Urkundb. I 268 p. 335 (wo eine Voigtei verpfändet wird für den Kaufpreis eines Zelters). Besonders häufig aber wird das Entgelt für geleistete oder für noch zu leistende Dienste in Nutzpfandweise auf bestimmte Güter angewiesen. So Urk. v. 1254 Lacomblet II 401 p. 216: in recompensationem laborum et expensarum, quas fecit hactenus et faciet in expeditione predicta, 5000 marcarum sibi promittimus — Volentes, ut dictum castrum tamdiu teneat obligatum, quamdiu — — sibi fuerit plenarie satisfactum. Aehnlich Urk. von 1246 Lacomblet II 306 p. 160, v. 1248 ib. II 329 p. 171, v. 1248 ib. II 338 p. 176, v. 1294 ib. II 950 p. 562, v. 1295 ib. II 952 p. 563, v. 1299 ib. II 1043 p. 615 fg., v. 1314 ib. III 144 p. 108, v. 1347 ib. III 446 p. 359, v. 1349 ib. III 473 p. 380, v. 1349 ib. III 479 p. 384, v. 1357 ib. III 566 p. 473, v. 1358 ib. III 582 p. 487. So Urk. v. 1336 Melly, Vaterländische Urkunden I nr. 36 p. 32, v. 1353 ib. I nr. 41 p. 35, v. 1357 ib. I nr. 43 p. 36, v. 1363 ib. I 62 p. 45, v. 1363 ib. I 63 p. 46, v. 1364 ib. I 64 p. 46, v. 1364 ib. I 68 p. 48: und ouch umb die getrewn, namliche und nuczliche dienste, die uns derselb unser kamermaister getan hat, v. 1365 ib. I 69 p. 49, v. 1368 ib. I 71 p. 51, v. 1368 ib. I 72 p. 51, v. 1368 ib. I 73 p. 52, v. 1368 ib. I 74 p. 52, v. 1376 I 81 p. 57. So ferner Urk. von 1282 Meklenb. Urk.b. III 1631 p. 50, Urk. von 1288 Ulmisches Urkundb. I 163 p. 193: ob gratuitam crebramque servitiorum exhibitionem. Sehr häufig sind es Kriegsdienste, Paradedienste, Züge nach Italien, welche uns diese Urkunden vor Augen führen; nicht immer aber sind es solche anmuthende Bilder aus jener Zeit von Stahl und Eisen, welche wir aus den Urkunden gewinnen, häufig bewei-

sen sie, daß in jenen Tagen neben diesen beiden Metallen auch das Gold eine gewaltige Rolle gespielt hat: vielfach zieht durch jene Verträge hindurch ein Handeln und ein Feilschen um öffentliche Gewalten und Würden, wenn nicht gar um die Wahlstimme für die hehre Krone des deutschen Reiches![1]) Einen Entgeltungsvertrag mit Pfandbestellung enthält auch eine holländische Urkunde v. 1281, 'Oorkondenboek van Holland en Zeeland I 2 nr. 414 p. 174: voer sinen arebeit ende sire liede, die harde groet gheweset hevet in onser hulpe ende in onsen orloghe. Auch für negative Dienste, z. B. dafür, daß der andere Theil dem Feinde keinen Vorschub geleistet hat, wird Belohnung versprochen und pfandweise gesichert, so Urk. von 1290 im Meklenb. Urk.buch III 2079 p. 388. Verwandt sind die Verträge zum Ersatz von Impensen, welche ein Mandatar oder Negotiorum Gestor gemacht hat; sie begegnen sich vielfach mit der Entgeltung von Diensten: Belohnung der Arbeit und Ersatz der Auslagen und Verluste gehen dann Hand in Hand. In einer Urk. v. 1247 Lacomblet II 317 p. 165 wird ein Pfandlehen bestellt pro 10000 marcarum argenti et pro omnibus expensis, si que fieri contingat in castro vel villa qualitercunque muniendis vel edificiis ibidem construendis, legitima computatione de hiis facta, predictis 10000 marcarum superadditis, also für eine, zwar aus dem Rechtsverhältnisse zu erwartende, aber doch erst zu erwartende, künftige Ausgabe. Vergl. auch Urkunde von 1249 Lacomblet II 343 p. 181 fg., v. 1337 ib. III 311 p. 251, v. 1355 ib. III 543 p. 449, v. 1368 ib. III 684 p. 583, v. 1416 ib. IV 95 p. 103 (für im Kriege umgekommene Pferde u. s. w.),

---

1) Ueber die Güterverpfändungen zur Belohnung der Anhänger unter den spätern Hohenstaufen, vgl. die Monographie von Frey, die Schicksale des königlichen Gutes in Deutschland unter den letzten Staufern S. 73. 124. 151. 153. 170.

v. 1453 ib. IV 307 p. 375, v. 1425 ib. IV 163 p. 188; so zum Ersatz für Zahlung von Schulden, Loskauf von Gefangenen, Urk. v. 1271 Lacomblet II 608 p. 360, Urk. von 1266 bei Aettenkhover, Kurzgefaßte Geschichte der Herzoge von Bayern (1767) p. 178: in recompensationem expensarum, quarum primo in acquisitione Castri et civitatis Nurnberch et postmodum pro consumatione matrimonii nostri — — fecit.

Satzungen werden auch bestellt für Summen, welche ein Theil aus Vergleich oder Compromiß schuldet, so Urk. v. 1240 Seibertz, Urkundenb. zur Landes- u. Rechtsgeschichte des Herzogthums Westphalen I 217 p. 275, so Urk. v. 1266 bei Guden, Codex diplomat. I nr. 321 p. 718, so Urk. v. 1283 Lacomblet II 782 p. 458, v. 1299 ib. II 1036 p. 609, v. 1424 ib. IV 157 p. 178, Urk. v. 1334 Meklenburger Urk.b. VIII 5559 p. 485; oder welche Jemand aus Erbtheilung schuldig wird, so Urk. v. 1302 Lacomblet III 17 p. 11 u.s.w.; auch für Entschädigungsverpflichtungen ex delicto, so Urk. v. 1295 im Hoyer Urkundb. (Ed. Hodenberg) nr. 30 p. 33: pro dampno illato, Urk. v. 1290 ib. V 45 p. 40. — —

Natürlich steht es unserer Construction nicht entgegen, wenn das Einlösungsrecht vielfach an Schranken gebunden ist; denn, wo überall der Gläubiger aus dem Forderungsrecht einen intermediären Zins- und Rentengenuß bezieht, hat er ein rechtlich zu beachtendes Interesse daran, daß der Genuß nicht durch Kapitalzahlung ertödtet wird, und dieses Interesse kann kraft vertragsmäßiger Convention seinen rechtlichen Schutz finden, in der Art, daß eine den Genuß aufhebende Rückzahlung nur nach Ablauf einer bestimmten Zeit, nur unter Beobachtung besonderer Bedingungen, nur unter Wahrung besonderer Rücksichten geschehen darf [1]) — ganz ebenso, wie eine Miethe nur in ver-

1) In vielen Urkunden wird übrigens die Einlösungszeit in das freie

tragsmäßiger Weise beendigt, ein Darlehenszinsverhältniß nur unter den vertragsmäßigen Bedingungen durch Rückzahlung aufgehoben werden kann. Aehnliches pflegt auch bei dem wirthschaftlich verwandten Kauf auf Wiederkauf stattzufinden, indem das Wiederkaufsrecht nur an dem bestimmten Termin, nach Ablauf der bestimmten Zeit oder nach vertragsmäßiger Kündigung ausgeübt werden darf, vgl. Platner, der Wiederkauf, in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV S. 134. 139. So ist in sehr vielen Nutzpfandurkunden festgesetzt, daß die Einlösung nicht vor Ablauf von 2, 3, 4 oder mehr Jahren geschehen könne, z. B. Urk. v. 1187 bei Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht §. 123 nr. 28, Urk. v. 1250 Lacomblet II 363 p. 192, v. 1273 ib. II 632 p. 371, v. 1299 ib. II 1036 p. 610, v. 1317 ib. III 155 p. 115, v. 1384 ib. III 881 p. 775, v. 1411 ib. IV 69 p. 77; so in Urk. v. 1414 bei Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Recht IV, Urkundenbuch B, nr. 52; so in verschiedenen flandrischen Urkunden, z. B. v. 1163 bei Warnkönig, flandrische Staats- und Rechtsgeschichte III 2 Urkundenbuch nr. 34 p. 39 (nicht vor 40 Jahren), v. 1232 ib. nr. 83 p. 149 (nicht vor 12 Jahren), v. 1241 ib. nr. 86 p. 151 (nicht vor 10 Jahren). In unzähligen Urkunden wird ein periodischer Stichtag angesetzt, und es wird dieser vielfach als herkömmlich bezeichnet, z. B. Urk. v. 1278 Meklenburger Urkundb. II 1454 p. 579: VIII die post festum pen-

Belieben des Schuldners gestellt. So z. B. Urk. v. 1317 im Hoyer Urkundenb. (Ed. Hodenberg) I 60 p. 42: quum nos ipsis — dictam pecuniae summam persolverimus, tunc prefata bona nobis — vacabunt libere revertendo, Urk. v. 1371 ib. I 212 p. 139: in desser wise, dat we dyt vorben. gud — vor dat vorescrevene gheld moghen wedder losen wanne we willen. So eine noch ungedruckte Würzburger Urk. v. 1418 (s. Beilage) zu einer yglichen zeit eins yglichen jars — —. Ebenso eine Würzburger Urkunde v. 1421 (s. Beilage) wann und welchs jars wir des begeren on geverde. Vgl. auch Urk. v. 1357 in Sudendorf, Zur Geschichte d. Herzöge v. Braunschweig III 41 p. 28.

tecostes, Urk. v. 1345 Fürstenberger Urk.buch II 248 p. 158: zu rehten ziten im iare vierzehen tag vor sant Walpurg tag, als sitte und gewonlich ist, ähnlich Urk. v. 1347 ib. II 320 p. 208; so in einer Urk. v. 1371 Lacomblet III 716 p. 612: vyerten nachten nae sent Mertensdage; so in Urk. v. 1339 Meklenb. Urkundenb. IX 6003 p. 224: super aliquo festo nativitatis beati Johannis baptiste; so in Urk. von 1344 ib. IX 6446 p. 582: in dominica qua cantatur Quasi modo geniti; so in Urk. v. 1344 ib. IX 6462 p. 599: super festo beati Nicolai episcopi; vielfach am St. Peterstag, z. B. Urk. v. 1240 im Bremer Urkundb. III 577 p. 545 und Urk. v. 1344 bei Seibertz, Urkundenb. II 690 p. 333; oder zwischen Weihnachten und Lichtmeß, Urk. v. 1369 Braunschweiger Urk.b. I 47 p. 55; oder vor und nach Lichtmeß, z. B. Urk. v. 1344 im Urkundb. des Landes ob der Enns VI 463 p. 468: alle jar jarleich vor unser vrawen tag ze liechtmesse vierzehen tag oder hinnach vierzehen tag, also lantz recht ist; in einer Urk. v. 1252 bei Beyer (resp. Eltester, Görz, Urkundenbuch zur Geschichte der jetzt die Preußischen Regierungsbezirke Coblenz und Trier bildenden mittelrheinischen Territorien) III 1142 p. 847: si — redimere voluerit, ipsam redimet proxima dominica post Gertrudis; nach Urkunde (wohl von Anfang des 13. Jahrh.) im Calenberger Urkundb. VI. Abth. nr. 3 p. 4 ist der Rückkauf statthaft singulis annis in pentecostem u. s. w.

Oefters finden sich Kündigungsfristen, so z. B. eine halbjährliche in Urk. von 1351 Fürstenberger Urkundb. II 287 p. 185: das sont wir inen ein halp iar vorsagen; eine vierteljährliche in Urk. v. 1424 Lacomblet IV 157 p. 178: verkundigen tevoerens eyn vierdel jairs mit apenen brieven an den portenere van der borch. Nach einer Urkunde v. 1351 (Urkunden des Klosters Stötterlingenburg, bearbeitet

durch von Schmidt-Phiseldeck) nr. 117 p. 89 ist an Weihnachten zu kündigen auf Ostern; nach einer Urkunde v. 1397 (Urkundenbuch der Stadt Quedlinburg I, bearb. von Janicke) nr. 230 p. 200 gilt vierteljährliche Kündigung auf Ostern, nach Urkunde von 1412 (Urkundenbuch des Klosters Drübeck, bearb. von Jacobs) nr. 110 p. 90 wird an Michaeli gekündigt auf Weihnachten u. s. w.

Sehr häufig findet sich auch eine feste Frist und, nach deren Ablauf, Lösung an einem bestimmten Stichtag oder nach bestimmter Kündigung; so in den cit. flanderischen Urkunden von 1232 und 1241; so in einer östreichischen Urkunde von 1295 Urkundenbuch des Landes ob der Enns IV 247 p. 224: zuerst 3 Jahre, sodann jährlich lösbar zwischen austern und sand Georgen tac; so in einer Bremer Urkunde von 1327 Bremisches Urkundb. II 280 p. 279: zuerst 4 Jahre, dann Lösung in quolibet festo sancti Petri; so in einer Urkunde von 1369 ib. III 365 p. 319, wo von Erzbischof Albert der Stadt Bremen Münze und Wechselbude verpfändet wird[1]): zuerst Frist von 4 Jahren, dann 2jährige Kündigung; so in einer westphälischen Urkunde von 1358 bei Seibertz II 750 p. 456: zuerst 6 Jahre, sodann löslich auf Lichtmeß nach vorheriger zweimonatlicher Kündigung; in einer Urkunde v. 1287 im Urkb. des Stiftes Walkenried, Abth. 1 nr. 500 p. 322, ist das Pfand zuerst 3 Jahre unlöslich, sodann innerhalb 3 Jahren lösbar, und wenn nicht gelöst, nach Ablauf der Frist verfallen; in einer französischen Urkunde v. 1216, Cartulaire de l'Abbaye de Notredame des Vaux de Cernay (par Moutié) I 199 p. 202, ist es zuerst auf 5 Jahre fest, sodann jährlich lösbar: usque ad quinque annos, quibus expletis ab ipso Hugone

1) Ueber diese Münzverpfändungen, durch welche die Städte allmählich das Münzrecht zu erwerben pflegten, vgl. auch Eheberg, Ueber das ältere deutsche Münzwesen und die Hausgenossenschaften S. 89 fg.

— de martio in martium poterit ea redimi. Aehnliches auch sonst; z. B. auch in ungarischen Urkunden, so Urk. von 1266 im Hazai okmánytár, Codex diplom. Patrius Hungaricus, VI nr. 94 p. 138: ein Jahr fest, dann redimendi quandocunque poterit habebit liberam facultatem. Mehrfach findet sich in ungarischen Urkunden [1]) die Combination, daß, wenn die Lösung nicht innerhalb bestimmter Zeit geschehen ist, sie nur zu einem beträchtlich höheren Satze, z. B. zum duplum, geschehen kann, z. B. Urk. v. 1267 ib. VI nr. 98 p. 144, nr. 101 p. 146, Urk. v. 1289 ib. VI nr. 252 p. 349: impignorasse — pro quindecim pensis latorum denariorum vyennensium — usque decimum annum redimendam, si autem in ipso decimo anno non redemerint eo deserto viginti pensis redimere tenebuntur; daher auch Protesturkunden über die Nichtzahlung, z. B. ib. VI nr. 102 p. 146.

Auch das kommt, wenn auch seltener, vor, daß die Schuld während der vollen Lebenszeit des Pfandinhabers unlösbar ist; so Urkunde von 1317 Lacomblet III 166 p. 134: a nobis, quamdiu vixerimus, non rediment, ebenso Urkunde v. 1444 ib. IV 262 p. 318; oder während Lebenszeit des Verpfänders, z. B. Bremer Urkunde v. 1369 Bremisches Urkundb. III 366 p. 321. Manchmal wird auch die Sache zuerst gegen periodische Lösung verpfändet und durch spätern Vertrag das Pfand für einige Zeit unlösbar gemacht, so in einer Urkunde des Erzbischofs Albert von Bremen von 1373 Bremisches Urkundb. III 444 p. 394, ähnlich in einer Urkunde v. 1376 ib. III 497 p. 458.

Sicherlich werden sich überall, wo derartige Geschäfte häufiger vorkommen, usuelle Stichtage oder Kündigungsziele bilden, mannigfach sich auch die Gesetzgebung veranlaßt sehen,

1) Ebenso auch in italischen Urkunden; vgl. überhaupt Löning, der Vertragsbruch im deutschen Recht S. 81.

hier regelnd einzugreifen. Man vgl. z. B. das Dithmarscher Landrecht von 1539 a. 104 § 2 (bei Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen S. 126): efft en man hadde acker anneweddet, isset dat de gonne, de den acker anneweddet hefft, nene beseghelde breve mit dem gonnen hefft, dem de acker tohördt, so schal de gonne, dem de acker tohördt, sin gheld to bade hebben to Sunten Wolberen daghe. Weitere Belege werden sich aus den französischen Quellen ergeben.

Daß die Satzung ein wirkliches Pfandrecht ist, dafür bietet auch der Umstand einen unterstützenden Beleg, daß dasselbe denjenigen Normen unterliegt, welche aus dem Zweck der pfandrechtlichen Sicherung fließen; so insbesondere der Regel der Untheilbarkeit: die Satzung ist untheilbar, sollte sie sich auch auf eine Mehrheit getrennter Stücke beziehen. So sind in einer Urkunde v. 1298 in Meichelbeck, Historia Frisingensis II 2 nr. 206 p. 132 verschiedene Sachen verpfändet mit der Bemerkung: swenn wir loesen welln, so sulen wir — eines an das ander als es vorbenant is, besunderlich niht loesen [1]). Sodann kommt hier in Betracht die interessante Urkunde von 1471 bei Lacomblet IV 355 p. 445: dat die pantschap van Nergenae hangen ende gebonden wesen sall an die pantschap van Wachtendonck, so daß die Lösung nur zusammen geschehen kann. In einer Urkunde von 1371 Braunschweiger Urkundenbuch I 49 p. 57 verpfändet Herzog Magnus dem Rath von Braunschweig gewisse Gerechtsame mit dem Anfügen, daß er oder sein Erbe en schul-

1) Vgl. auch Urk. v. 1367 im Hoyer Urkundb. (Ed. Hodenberg) I 194 p. 127: ok so scolet se des (verpfändeten) werderes brukene wesen also langhe wente ze wedder hebbet den lesten penningh mid deme ersten. Urk. v. 1355 Cod. Brandenb. (Riedel) VI p. 33 nr. 49: wedir gebin gentzlich und al —.



let noch en mogen dusse vorbenomden stucke edder orer nen bisundern ledigen edder van on losen. Besonders interessant aber ist eine Urkunde von 1376 Bremer Urkundb. III 498 p. 462, in welcher Erzbischof Albert dem Domkapitel und dem Rathe der Stadt Bremen verschiedene Güter für zusammen 2600 Mark mit dem Anfügen verpfändet, daß er die dem Kapitel verpfändete helfte nycht aflozen dürfe, er löse denn ok den radmannen unde borgheren ere helfte af, er löse sie tozamende. Damit ist gesagt: das Pfand haftet in untheilbarer Weise für die gesammte Schuld; und zwar hier für eine gesammte Schuld, welche zur Hälfte dem Einen, zur Hälfte dem Andern geschuldet wird: dies ist aber nichts anderes, als eine aus zwei Hälften bestehende Solidarschuld, deren Characteristicum ja darin besteht, daß die Zahlung des dem einen Gläubiger destinirten Theiles eine bloße Theilzahlung wäre und als solche refüsirt werden könnte — wie dies an einem andern Orte näher zu entwickeln ist. Daß jedoch das eigentliche antichretische Pfand nach erfolgter Theilzahlung, ob zwar in keinem Theile liberirt, doch aber in der Genußberechtigung intensiv geschwächt werden kann, versteht sich von selbst und wird unten näher dargelegt werden.

Völlig beweisend endlich sind die Urkunden, in welchen die Höhe der Verpfändung ausdrücklich auf die noch festzustellende wirkliche Höhe der Schuldsumme reducirt wird. So eine noch ungedruckte Urkunde v. 1209 (s. in den Beilagen): Si idem mercator (sc. Pfandgläubiger) requisitus a comite (dem Verpfänder) testibus idoneis probaverit non esse minus debitum quam ducentarum marcarum; si autem probatum fuerit minus esse soluto eo integraliter quod mercatori debetur — bona ad manus comitis libere revertentur.

Und wie sollten etwa bei dem behaupteten Tauschcharakter der Satzung die Geschäfte erklärt werden, worin die Pfand-

bestellung für gegenwärtige und künftige Schulden stattfindet? So ein Würzburger Vertrag von 1216, Wirtenbergisches Urkundb. III 596 p. 55, worin Bischof Otto dem Kapitel seine Einkünfte verpfändet: pro mille et trecentis marcis argenti de predio Lambach, a duce Austrie habitis, et pro ampliori summa, quam ab ipso forte recepturus sum; so eine Holländer Urkunde v. 1297 Oorkondenboek van Holland en Zeeland I 2 nr. 998 p. 452, wo Renten verpfändet werden voer alsulc goet als hi vor ons utgheleit hevet, ende noch voer ons utligghen sal te goeder rekeninghe. — —

Somit ist das deutsche Nutzpfand nach seiner innersten Anlage, nach seiner charakteristischen Bildungstendenz dieselbe Schöpfung, wie das römische Nutzpfand, wenn es auch unter den grundverschiedenen Kapital- und Wirthschaftsverhältnissen des deutschen Mittelalters in manchen Stücken ein verschiedenes äußerliches Gepräge angenommen hat. Daß übrigens die Todsatzung, also die Pfandbestellung ohne ein Aequivalent für den intermediären Kapitalgenuß, von jeher die Ausnahme gebildet hat, versteht sich bei der egoistischen Richtung des Verkehrs von selbst, und wird auch durch einen Blick in die Urkundenbücher bestätigt. Nichtsdestoweniger sind uns bei dem überfluthenden Reichthum des Materials nicht wenige Todsatzungsverträge erhalten, und darunter sehr belehrende. Vgl. z. B. eine Urkunde von 1234 in Wyß, Hessisches Urkundenbuch I 46 p. 45, wo zwei Seeen verpfändet werden sub hac forma, quod iidem fratres (die deutschen Ordensbrüder, welche die Gläubiger sind) de captura et venditione piscium jamdictam summam CCC marcarum recipiant. Oder eine Urkunde von 1286 Seibertz Urkundb. I 417 p. 504: nec ego nec aliquis heredum — nos intromittemus, nisi — primitus et ante omnia receperit et requisierit de ipsis bonis et eorum redditibus — debitum quinque marcarum. Vgl. auch Urk. von 1328

Bremer Urkundb. II 641 p. 618. Insbesondere erscheint diese Varietät des Pfandes häufig in der Art, daß dem Gläubiger öffentliche Gerechtsame, öffentliche Einkünfte und dgl. zur Befriedigung überlassen sind, welche Ueberlassung dem Gläubiger ein gewisses publikes Uebergewicht, verbunden mit vielfachen faktischen Vortheilen, zu bieten pflegte und daher sehr gesucht sein mochte. So, wenn die Stadteinkünfte, wenn Zölle und andere Hebungen verpfändet werden, z. B. Urkunde von 1296 im Urkundenbuch der Stadt Braunschweig I 13 p. 17, Urkunde von 1351 Urkundenbuch der Stadt Lüneburg (Ed. Volger) I 460 p. 277, Urkunde v. 1357 Lacomblet III 568 p. 476, v. 1400 ib. III 1077 p. 955 und von 1404 ib. IV 24 p. 22; so wenn in einer Breslauer Urkunde v. 1359 Korn, Breslauer Urk.b. I 223 p. 196 dem Rath der Stadt gewisse Einkünfte zugewiesen werden, donec capitalem sortem — una cum dampnis, que notabiliter accreverint, de predictis redditibus integraliter perceperint —, ähnlich in einer Urk. v. 1373 ib. 288 p. 238; so in einer Meklenb. Urk. v. 1339 Meklenb. Urkundb. IX 5994 p. 216, (Jahrmarktsgerechtsame); so in zwei Liegnitzer Urkunden v. 1351, Liegnitzer Urkundb. (Ed. Schirrmacher) 177. 178 p. 124 fg. (Münz- und Bergwerksgerechtsame); vgl. auch Urk. v. 1407 bei Melly, Vaterländ. Urkunde I 93 p. 63. Höchst interessant ist insbesondere eine Venetianer Urkunde v. 1207 bei Romanin, storia documentata di Venezia II p. 428, wo der Doge von Venedig verschiedene Einkünfte für ein Darlehen verpfändet: ut omnis introitus stationum de Rivoalti et fori eidem Rivoalti quadragesimi — — — et omnes alios introitus, quos nunc recipiunt vicedomini vel quondam recipere consueverunt, percipiatis usque ad solutionem vestri prestiti. Dabei zeigt sich vielfach die interessante Gestaltung, daß das Pfandgut erst geschaffen, der Zoll erst creirt wird, und zwar nur, um den

Pfandzweck zu erfüllen, nach dessen Erledigung er wieder verschwindet: ein juristisches Verhältniß, dessen Erklärung ich bereits in meinem Autorrechte S. 72 gegeben habe. So in der eben citirten Urkunde bei Lacomblet III 568 p. 476; so auch in einer Urkunde v. 1322 bei Ennen und Eckertz, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln IV 112 p. 98, wo einem Simon von Jülich von der Stadt Köln gewährt wird, daß quicunque judeus aut judea aliquam domum in eadem platea emerit, is eidem Symoni de qualibet domo sic empta decem marcas solvere tenebitur, quas dictus Symon tanto tempore levabit et recipiet, quousque sibi de quinquaginta marcis — fuerit integre satisfactum.

Natürlich ist auch beim Schenkungsversprechen die Sachlage zur Todsatzung geeignet, insbesondere auch im Falle einer Stiftung, wo aus den Früchten das gestiftete Kapital erzielt werden soll. So eine Urkunde zwischen 1351 und 1356 Bremer Urkundb. III 590 p. 558, wo ein Kloster für solange in Genuß gesetzt wird, donec sustulerit de fructibus — triginta et octo marcas, welche dann in bestimmter stiftungsgemäßer Weise zu verwenden sind. Die lehrreichste Todsatzung aber findet sich in einer Urkunde von 1391 Liegnitzer Urkundb. (Ed. Schirrmacher) 349 p. 231 fg. Hier hat nämlich die Stadt Liegnitz dem Herzog Ruprecht dazu verholfen, gewisse zu 600 M. verpfändete Güter desselben zu lösen, indem sie dem Gläubiger Hans von Schellendorf für die vom Herzog geschuldeten 600 M. eine zu 600 Mark ablösbare jährliche Rente von 60 M. bestellte. Dafür wird der Stadt Liegnitz ein Nutzpfandrecht in der Art bestellt, daß dieselbe aus den Früchten zunächst 60 M. zum Abtrag der Rente erhebe, und sodann das weitere solange, bis sie davon die Summe von 600 M. zur Wiedereinlösung der Rente erziele: sullin sie habin und hebin alle iar und also lange, bis das sy von den obirregin geniessin und

fruchtin obir dy sechczig marg, dy sy alle iar von deme egenanten howse und sehe hebin sullin und hern Hannosen von Schellindorff gebin sullin, sich der egenanten sechs hundirt marg doran dirholen, do sie dy sechsig marg czinsz egenante mete wedirkowfen und abegelozin mogin.

Interessant ist es, in welch' reichen Variationen im Gegensatz dazu die Mort-gageurkunden das Thema variiren, daß die Früchte am Kapital nicht abgehen. Da heißt es: Proventus — — nullo umquam tempore — — computabuntur in sortem Urk. v. 1250 Lacomblet II 363 p. 192; die Pfänder sollen sein possidenda et habenda — sine acquitatione Urk. von 1289 im Cartulaire de l'évêché d'Autun nr. 86 p. 91, v. 1293 ib. 74 p. 80; nec computare neque respondere nobis tenebitur Urk. zwischen 1271 und 1279 bei Ennen und Eckertz, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln III 192 p. 154; an alliu abslahung des nutze Urk. v. 1290 Urkundb. des Landes ob der Enns IV 127 p. 121; nützen und niesen — on abslag Urk. v. 1349 im Codex diplom. ad historiam Raeticam (Ed. v. Moor) III 38 p. 55; an alles abniessen, Fürstenberger Urkundb. II 320 p. 208; sonder rekenynge ons dairaf toe doen ind sonder afslach Urk. v. 1403 Lacomblet IV 22 p. 20; sunder eyncherhande rechenschaft uns of ymandz anders davan zu doen Urk. v. 1413 Lacomblet IV 78 p. 87; ungerechent innehaven Urk. v. 1411 ib. IV 69 p. 77; ungerechent ind up yre kost, wynnonge ind verluyst Urk. v. 1425 ib. IV 163 p. 188; sonder affslach Urk. v. 1444 ib. IV 262, sonder affslach — — ende sonder onss, onsen erven off nakomelingen enych bewys off rekentschap dairaff te doin Urk. v. 1471 ib. IV 354 p. 444 u. s. w. u. s. w. Insbesondere ist die Wendung one absleg, one abslag der nucz u. s. w. im urkundlichen Leben ganz geläufig; so bei Melly, vaterländische Urkunden I nr. 35. 36. 44. 63.

64. 68. 69. 71. 74. 78. 80. 81. 84. 99. 101.[1]) Ganz ebenso auch in französischen Urkunden, z. B. Urk. von 1383 in Histoire de Metz (1781) IV p. 348: sans rien rabatre ne desduire de la some principale — —. Man vergl. auch ein Lauensteiner Weisthum (Grimm, Weisthümer III 272) §. 20: Man sol 20 fl. auf jeden morgen thun, so mag er (sc. der Creditor) den acker nicht verzinsen, sondern frey gebrauchen; wil aber der verpfänder den acker wiederum haben, so sol er ihme die 20 fl. hauptsumm — wiederum erlegen, denn es stehet sich selbst so nicht los. Nach manchen Urkunden wird das eine Erträgniß vom Kapital abgeschlagen, das andere nicht, so z. B. (ungedruckte) Urk. v. 1315 (s. Beilage). — —

§. 8.

Nutzpfand im altfranzösischen Recht.

Oben wurde bei den französischen Urkunden des 11. und 12. Jahrhunderts abgebrochen, weil von dieser Zeit an das Institut des Nutzpfandes auch in Deutschland in einer solchen Ueberfülle von Urkundenzeugnissen aufsprießt, daß es nicht mehr Noth thut, nach Belegen zu greifen; genug, daß die Brücke gebaut ist vom 12. Jahrhundert zurück über das 11. 10. 9. bis in das 8. und 7. Jahrhundert, bis zu den ältesten Formeln des Franken-, und den ältesten legislativen Zeugnissen des Langobardenrechts, bis in diejenigen Zeiten zurück, wo sich die deutsche Satzung und die römische fiducia begegneten. Nunmehr, nach Charakteristik des Satzungsinstitutes, ist aber nochmals auf die französische Rechtsentwicklung zurückzugreifen, aus deren Rechtsquellen und Rechtsbüchern dasselbe uns in einer solchen Fülle und Mannigfaltigkeit, und zugleich in einer solchen Reinheit und Naivität entgegentritt, daß wir für unsere Stu-

1) Vgl. auch Urk. von 1337 bei Ludewig, reliquiae manuscr. V p. 615: absque fructuum defalcatione.

dien hier die lehrreichsten Materialien finden. Bieten doch die französischen Quellen des Mittelalters den lautersten Ausdruck des Frankenrechts, jenes Frankenrechtes, dessen welterobernde Kraft neuerdings Sohm, fränkisches Recht und römisches Recht S. 65, mit der ihm eigenen schlagenden Kraft der Argumentation nachgewiesen hat. Ein erhebliches Material, namentlich aus Beaumanoir und Bouteiller, hat nun gerade für unsere Materie neuerdings Franken, das französische Pfandrecht im Mittelalter I S. 98 fg., zusammengestellt; nur daß leider die durch reiche Sammlung sehr dankenswerthe Arbeit an Einheitlichkeit in der Entwicklung der leitenden Prinzipien und an zusammenfassender Schärfe manches zu wünschen übrig läßt; vergl. auch noch die Darstellung dieser Lehre in Warnkönig, französische Staats- und Rechtsgeschichte II S. 595 fg., und die kurze Zusammenfassung bei Beaune, introduction à l'étude historique du droit coutumier français (1880) p. 538. Uebrigens ist durch diese Schriftsteller längst nicht alles Material erschöpft, und für die Verarbeitung des Rechtsstoffes ist noch ein reiches Feld gegeben. Die folgenden, auf eingehende Studien gegründeten, Entwicklungen sollen hierzu einen Beitrag liefern.

Von den beiden Varietäten des Nutzpfandes, dem die Schuld abtragenden vifgage (der deutschen Todsatzung) und dem die Schuld unangetastet lassenden mort-gage, hat zwar das letztere in Frankreich vielfachen Widerstand erfahren; das Nutzpfand an sich aber findet sich von den ältesten Rechtsquellen bis in die officiell redigirten Coutumes hinein in unzweifelhafter Geltung. So heißt es in der Charte communale von Abbeville von 1184 (in Thierry, recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état, première série IV p. 12) a. 23: si quis emerit vel invadiaverit terram vel redditus aliquos; so in der Charte municipale von Amiens von 1190 ib. I p. 111 a. 21: Mulier dotem quam tenet nec

vendere nec in vadium mittere poterit, nisi propinquiori heredi et nisi de anno in annum (d. h. so, daß das Pfand jährlich eingelöst werden kann); so ist in der Franchise de Chaussin v. 1260 (bei Garnier, Chartes de communes et d'affranchissements en Bourgogne II p. 315) gesagt, daß les habitants ne peuvent engager leurs biens qu'à des hommes ou des gentils hommes demeurant dans la châtellenie. In den Assisen von Jerusalem, in welchen das Distractionspfand eine reichliche Behandlung findet, ist auch von dem Nutzpfand die Rede, mit der Maßgabe, daß die Früchte auf das Kapital anzurechnen und von diesem in Abzug zu bringen sind. So Assises de la cour des bourgeois ch. 32 (Beugnot, Assises de Jérusalem II p. 37): Mais se celuy qui ot la maison en guage luia la maison et en ressut le luier, le dreit coumande que tant con il en aura pris dou luier soit conté sur sa dette, par dreit et par l'asise. Aehnlich heißt es in der Coutume von Alais, und zwar in der ersten Coutume von 1216 a. 49 (bei Beugnot, Olim III 2 Appendix p. 1476): Donam neus que, en aissi con entro aissi es tengut per costuma, e nostra terra, — qu'els frugz de las peinoiras non siau comprat el captal; ni 'l deuteires no sia destregz de rezemer las peinoiras; pero en aissi es vers, si autre covinens non es entre els. Der gesperrte Satz wird von Beugnot richtig dahin übersetzt: les fruits — ne soient pas réunis au capital[1]); denn comprat kommt von comprare = comparare = erwerben: die Früchte werden nicht dem Kapital, zu dem Kapital erworben. Die Erklärung von Franken S. 172 No. 3, wornach die Stelle besagen soll, daß die Früchte nicht von dem Kapital abgerechnet würden, ent-

1) Vgl. auch Beugnot in der Ecole des chartes 2me Serie II p. 110, wo indeß die Bestimmung minder klar dahin wiedergegeben wird: Les fruits des nantissements ne doivent pas être confondus avec le capital.

behrt der philologischen Grundlage. Die strenggermanische Bestimmung der citirten Stelle, nach welcher der Schuldner im Zweifel nur ein Einlösungsrecht, keine Einlösungspflicht hat, — eine Bestimmung, welche die Coutume zu dem allgemeinen Ausspruch veranlaßt, daß manches contra drechura, gegen das römische Recht, festgesetzt sei, aber per voluntat dels seinhors dennoch gelte, ist in der einige Jahre späteren zweiten Coutume a. 8 (Beugnot ib. p. 1488) wiederholt: Aquel que metra peinoras non sia costregz de rezemer, si en covinen non era. Im übrigen geben die Coutumes von Alais im Fortgang des citirten a. 8 dem Gläubiger die Befugniß, das Immobiliarpfand nach Ablauf einer bestimmten Wartezeit zu distrahiren, ähnlich wie andere südfranzösische Coutumes, und ähnlich wie die Assisen. Offenbar ist es der fruchtbaren Berührung mit dem römischen Rechte im Süden Frankreichs und im Oriente zu verdanken, daß die rechtliche Entwicklung hier so frühzeitig die Distractionsbefugniß des Pfandgläubigers gezeitigt hat. In nördlicheren Gegenden wird die Distractionsbefugniß consequent verneint und dadurch das Nutzpfand von dem Executionspfand (der Obligation) geschieden; am ehesten hat sich noch das Verfallrecht, das Recht auf Aneignung im Nichtzahlungsfalle herausgebildet, für welches das deutsche Recht auch sonst vielfache Ansätze bietet, vgl. die oben allegirten Urkunden, sodann Brunner in Goldschm. Zeitschr. XXII S. 71. 542, Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 28, Franken S. 164 fg. Verneint wird noch beides in den Rechtsmittheilungen der Schöffen von Saint-Disier, welche von Beugnot, Appendix zu den Olim II p. 718 mitgetheilt sind. So a. 237 (ib. p. 831): Uns hons ou une feme a gagieres; besoins li convient vendre ce qui la gagiere est; dist qu'il n'at pooir dou racheter: Puet estre vendue? Nenil, s'on ne li dist à l'encommancement de la gagiere. Doit-on

laissier de ce c'on en a recepu? Nenil. Also Distractionsbefugniß ebenso wie Verfall nur bei besondrer Clausel. Weiter geht das Recht von Noyon nach der Lettre de rétablissement et de confirmation de la Commune de Noyon v. a. 1181; denn hier ist ein Verfallrecht gesetzlich anerkannt, a. 12 (Recueil général des anciennes lois françaises par Jourdan, Decrusy, Isambert I p. 169): Si quis terram vel domum in vadimonio posuerit, vel aliquid aliud, et determinato tempore non reddiderit, ille qui vadimonium habet, si voluerit illud assignare sibi et ad se trahere, judices et scabinos illuc adducat; et si post infra quindecim dies redemptum non fuerit, perpetuo sibi jure possideat.

Bieten uns diese Quellen neben der vollen Bestätigung der ständigen praktischen Fortdauer des Nutzpfandes noch einige Bruchstücke zum wissenschaftlichen Aufbau des Institutes, so finden wir bei dem größten aller Coutumisten, bei Beaumanoir, eine juristische Durchbildung der Institution, wie sie an Klarheit und Sicherheit nichts zu wünschen übrig läßt. Beaumanoir weiß, daß das Satzungsrecht dinglicher Natur ist, und er zieht aus derselben mit Sicherheit die entsprechenden praktischen Consequenzen; nur verlangt die Grundeigenthumsordnung seiner Zeit, hier wie sonst, Einweisung durch den seigneur zur Erzielung des dinglichen Effektes, vgl. Klimrath, Etudes sur les coutumes (in der Ausgabe seiner Werke von Warnkönig) II pag. 264. Daher heißt es in ch. 34 a. 13 (Beugnot II p. 8): quiconques vaurra entrer sainement et sans peril, si face tant qu'il y soit de par le segneur de qui le terre muet, ou autrement il en porra estre ostés, s' aucuns y entre par title d'acat —. Ist aber die Einweisung erfolgt, so geht der Eingewiesene jedem spätern Erwerber vor: on doit delivrer le marcié à celi qui proeve le premiere convenence, et convient que cil à qui le derraine convenence fu fete — — atende

tant que le premiere convenence soit aemplie, et après il doit goïr de le coze —. Und so bleibt der dingliche Satzungsberechtigte auch unberührt von den exequirenden Chirographargläubigern, ch. 54 a. 5 (Beugnot II p. 311): il converra qu'il atendent tant à estre paié, que li engagemens soit passés —, welchen aber ihrerseits freisteht, rechtzeitig gegen die Ensaisirung durch den seigneur Widerspruch einzulegen, und dadurch zu verhüten, daß die Pfandbestellung zum Abbruch ihrer Rechte mißbraucht wird, worüber zu vgl. Franken S. 121 fg. So ist denn auch nichts sicherer, als daß der Satzungsberechtigte Eigenthümer der Früchte wird; ja selbst jene römische Entscheidung, wornach der bona fide Besitzer, der sich für den Nutzpfandgläubiger hält, die Früchte erwirbt, findet bei Beaumanoir XX a. 2 (Beugnot I p. 297) ihren Wiederhall: On doit savoir que cil qui sont en saizine d'eritage par cause de bone foi ne sont pas tenu à rendre les levées, tout soit il ainsi qu'il perdent puis l'eritage par jugement — — — se je tieng l'eritage par cause de don ou de testament ou d'engagement — — en toz ces cas ne sui je pas tenus à rendre les levées des heritages. Ein Distractionsrecht gibt die Satzung nicht, auch kann kein Zeitablauf den Satzungsberechtigten zum Eigenthümer erheben: tex tenure ne valent riens contre celi qui veut prover les engagemens, XXIV 4 (Beugnot I p. 339), es müßte denn eine Verfallclausel bedungen sein, vgl. LXVIII 10 (Beugnot II p. 479). In dieser Beziehung steht die Satzung im Gegensatz zu der gleichfalls dinglichen obligation, welche, wie jene, um dinglich zu wirken, der Zustimmung des seigneur bedarf, XXXVIII 11 (Beugnot II p. 80): on ne les pot pas baillier (nämlich à contre acens) —, se ce n'est par l'acort des signeurs, de qui li heritage muevent c'on veut baillier à contre acens; und bei Concurrenz der beiden ding-

lichen Rechte geht das frühere dem späteren vor, vgl. LIV 5 (Beugnot II p. 311): s'il pruevent l'obligation contre cex qui les cozes tienent: vente, ne don, ne engagemens qui ait esté puis fes, ne vaut riens. Und li sires qui s'est acordés à un obligement por son souget, ne pot puis soufrir autre, devant que li premiers obligemens est acomplis. Eine vollständige, klar durchgeführte Theorie des engagement's, wie solche kein früheres oder späteres Rechtsbuch gegeben hat! Engagement aber ist der in den französischen Coutumes auch künftig festgehaltene Ausdruck für das Nutzpfand, für die s. g. ältere Satzung, vgl. noch d'Argentré, commentarii in patrias Britonum leges ad a. 61 (Ed. altera Paris. p. 275): Fuit ubique veteri et huic quoque consuetudini vox (d'engage) idem, quod antichresis Graecis, Latini quidem nomine caret [1]).

Uebrigens ist Beaumanoir allerdings ein strenger Gegner des mort-gage: nule plus aperte uzure ne pot estre que chele que li presteres oste des despuelles de l'iretage. Donques, se cil qui emprunte en morgages veut pledier de l'usure, toutes les despuelles que li uzeriers leva sunt rabatues de le dette, LXVIII 11 (Beugnot II p. 480). — — wie denn auch noch der etwa 100 Jahre spätere Bouteiller das mort-gage nur in der elterlichen Theilung zuläßt, insbesondere als Mittel, um den jüngern Geschwistern,

1) Engager kommt von invadiare, wie gage von vadium, goth. vadi, mittelalt. wette, vgl. Diez, etymol. Wörterb. d. roman. Sprachen s. v. gaggio. Der Ausdruck invadiare ist uns oben mannigfach in Urkunden begegnet. Es findet sich auch ingadiare, z. B. Urk. zwischen 1025 und 1035 im Cartulaire de l'Abbaye de Saint-André—le Bas (Ed. Chevalier, Lyon 1869) nr. 220 p. 161: nec ipsum medium plantum alicui homini vendere aut ingadiare nisi monachis presumant. Daher auch der Ausdruck gaggeria, z. B. in Urk. v. 1193 im Cartulaire municipal de la Ville de Lyon (1876) p. 375. Vgl. auch Franken S 29.

gegenüber dem droit d'aînesse, einen billigen Ausgleich zu geben [1]), so Somme rurale (Ed. Charondas le Caron, Paris 1603) I 25 (p. 138): Obligation de mortgaige si est obliger un heritage et mettre en main d'aucun pour le tenir tant et si longuement que celuy à qui l'heritage doit appartenir par droict l'aura rachetté d'une certaine somme de deniers que on hypotheque et assiet sus pour tenir, jouyr et posseder ledict heritage par celuy à qui il est ainsi ordonné, tant et si longuement sans defalquer ne rabattre tous les fruicts et emoluments que on en parçoit et leve et peut on les prendre et lever jusques à ce qu'on l'aura rachetee de toute la somme — — —; von diesem so anschaulich beschriebenen mort-gaige heißt es nun: ceste forme d'obligation ne se doit, ne peut faire, fors entre freres et soeurs par l'ordonnance, advis ou assenne du pere pour l'advancement d'aucuns de ses enfans envers autres — —, und es heißt von dem Hausvater weiter: bien peut ordonner et laisser à une ou deux de ses filles ou autres enfans mainsnez un fief ou autre terre et telle que luy plaira devant ses enfans qui tiendra celle terre par mortgaige tant et si longuement que l'aisné l'aura rachetee de la somme que le pere ordonnera sus, supposé encores qu'il y ordonnast autant ou plus que la terre ne vaudroit en vente, et retournera jamais à l'aisné jusques à ce que d'icelle somme l'aura rachetee, luy ou son hoir, car ses hoirs demeureroient en telle charge et aussi les hoirs de celuy qui tient la terre par mort gaige demeurent en ce droit, et le tiennent aussi bien que leurs predecesseurs — —, vgl. auch ib. I 78 p. 458. Bezüglich der

1) Hierüber und über andere minder bedeutende oder bestrittene Fälle, namentlich über das von Bouteiller verworfene mort-gage zu Gunsten der Kirche, vgl. Franken S. 130 fg.

Erben sind Andere noch strenger; so bestimmen die Coustumes et stilles gardez ou duchie de Bourgoingne (zwischen 1270—1360) a. 22 bei Giraud, Essai II p. 273, daß nach dem Tode des abgefundenen Theiles seine Erben das Gut nicht mehr als mort-gage, sondern als vif-gage, also unter Anrechnung der Früchte auf das Kapital zu besitzen haben: la femme tiendra son assignault a sa vie sens aquitance, se li deniers ne lui sont rendus et paiez des hoirs desquels les diz assignaulx doivent avenir avant quelle muere; et sil advient quils ne soient pas paiez au vivant de la femme, ses hoirs ne pourront tenir sans aquitance ledit assignaul, mais convendra compter les issues dicellui au sort. Es ist hier von der femme die Rede, denn eine solche Abfindung erfolgt bei Frauen gemeinhin zur ehelichen Ausstattung; wie dies auch aus zwei Stellen von Pierre de Fontaines ch. 15 §. 14 und 20 (Ed. Marnier, 1846 p. 114. 118) hervorgeht; denn beide sprechen von einer terre donnée oder baillée en mariage à mort-gage, und es enthält die erstere Stelle eine einschlagende praktische Entscheidung, welche zugleich für die Charakteristik des Nutzpfandes von der größten Wichtigkeit ist: Quant li preudoms de qui tu te conseilles, maria sa fille et li dona une pièce de terre en mariage, ce n'est pas contre costume, se la terre revint au père après la mort sa fille qui morut sanz oir de son cors. Mès se deniers furent donés en mariage et la terre baillié à mort gage par les deniers, après la mort sa fille qui n'a point d'oir de son cors, demorera la terre por la moitié dou nombre au mari ou à son oir, selonc la covenance que mise i fu — — denn der Ehemann erhält kraft der Mobiliargütergemeinschaft, welche ja schon von Fontaines's Zeitgenossen Beaumanoir (c. XXI a. 2 Beugnot I p. 303) mit großer Bestimmtheit proklamirt wird, die Hälfte des Aussteuer-

kapitals und damit auch das Mittel der Kapitalbefriedigung, das Nutzpfand: ein treffender Beleg für unsere obige Behauptung, daß die deutsche Satzung ein wahres Pfandrecht, ein wirkliches Zweckmittel zur Erzielung einer Werthsumme, ja regelmäßig ein richtiges Accessorium einer auf Werthsumme abzielenden Forderung ist; wie denn auch in französischen, wie in deutschen Aussteuerverträgen gemeinhin zunächst eine Summe und dann für diese ein Nutzpfand angesetzt wird; so in dem Ehevertrag, welcher in einem Pariser Parlamentsurtheil von a. 1259 (Olim, Ed. Beugnot I p. 449) erwähnt wird: Baldovinus — dedit in maritagium filie sue octingentas libras, et, pro ipsa pecunia, tradidit ipsi centum libratas terre de feodo domini Regis, in mortuum gagium; vgl. noch Parlamentsurtheil von a. 1309 (Olim III p. 411), und auch Urtheil von 1281 (Olim II p. 33).

Die Entscheidung Pierre de Fontaines's wird natürlich nicht dadurch angetastet, daß sich derselbe hier, wie so oft, auf eine völlig unzutreffende römische Quellenstelle, c. 11 de pactis bezieht. Ebensowenig steht dem entgegen, wenn in andern Rechtsquellen, wie z. B. in den citirten Coutumes et stilles der Bugund a. 21 (Giraud, Essai II p. 273), die Dotalsumme immobilisirt ist: Lon tient pour heritaige deniers dehuz pour cause de mariaige qui paiez ne sont — und daraus die Consequenz gezogen wird: les diz deniers — — advendront au lignage de par la mere a qui estoient dehuz les diz deniers tant seulement; denn hier ist nicht etwa das Nutzpfand dem Schuldnexus entfremdet, sondern die Forderung selbst, mag sie durch Nutzpfand gedeckt sein oder nicht, ist immobilisirt, d. h. in der Erbfolge den Immobilien gleichgestellt, der Immobiliarerbfolge unterworfen; wie dies sonst auch vertragsmäßig erfolgte, vergl. z. B. die Pariser Parlamentsentscheidung von 1309 (Olim III p. 412): quod dicta pecu-

nia — — secundum convenciones dictarum parcium debebat converti in hereditagium [1]) tali modo quod, si dicta Johanna decederet sine liberis, dictum hereditagium deveniret ad ipsum Aubertum vel heredes suos, quam conversacionem (conversionem l. Beugnot) Johanna omnino facere recusavit — — eine Gestaltung der Sache, deren Gründe sich leicht begreifen, da die Aussteuersumme aus dem Hauptstocke des Familienvermögens entnommen zu werden pflegte und daher der Wunsch nahe lag, daß sie im Falle kinderlosen Absterbens der Ausgesteuerten wieder in den Schoß des Familienvermögens zurückfloß [2]).

Soweit das gagium mortuum als Stütze der Aussteueransprüche. Wer übrigens glauben würde, daß es mit dem sonstigen Verbot des mort-gage in praxi immer sehr streng gehalten wurde, der müßte sofort an den Zeugnissen des normannischen Rechts irre werden. Zwar wird in dem, Beaumanoir'n zeitlich nahestehenden, Grand coutumier de Normandie, in jenem ausgezeichneten Rechtsbuch, welches zuerst für die Parentalerbfolge eine unzweifelhafte Bestätigung gebracht hat, das mort-gage als eine Art des usure erwähnt; denn in dem Kapitel XX (Bourdot de Richebourg, nouveau coutumier général IV p. 10), in welchem von den verschiedenen Arten des usure die Rede ist, heißt es: la tierce maniere est en mort gaige; len appelle mort gaige quand cil qui tient la chose en gaige et a les fruictz et les yssues, et n'en compte rien à la debte. Si comme s'aulcun

1) Vgl. Du Cange ad h. v.

2) Dieselbe Erscheinung kehrt in Deutschland wieder; so im Rechte der sächsischen Constitutionen, so im Lübischen Recht, Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte I S. 29. 30, Meibom in Bekkers und Muthers Jahrb. IV S. 480 fg. Daher die Verfügungen über die Aussteuergelder vielfach dem Einspruche des nächsten Erben unterlagen, ebenso wie die Verfügungen über Immobilien.

baille sa terre à aultruy en gaige pour quarante livres, tout ce que cil qui la tient reçoit des yssues de la terre par dessus son chastel est tenu à usure. Wenn es aber weiter heißt, daß die Strafe der Confiscation des Mobiliarvermögens[1]) nur denjenigen treffe, welcher das letzte Jahr gewuchert hat, weil, wer ein Jahr vom Wucher abgelassen habe, nicht mehr als Wucherer gelte: Le chastel des usuriers n'est forfaict fors de ceulx qui ont usé d'aulcune des manieres de usures dessusdictes en l'an qu'ilz sont mortz; car aulcun ne doibt estre tenu à usurier, qui an et jour a cessé de usure mener, après ses derraines usures (ib. ch. 20)[2]), und so auch schon die alten normannischen Quellen bei Warnkönig, französ. Staats- und Rechtsgeschichte II Urkundb. p. 47[3]): de usurariis — — post mortem omnia sua regis erunt, si probari poterit, quod infra annum ante mortem aliquid acommodaverit ad usuram —; wenn also nur eine Pause eines Jahres genügte, um dieser weltlichen Wucherstrafe zu entgehn, so wird es sofort offenbar, daß das ganze Verbot nur eine sehr bescheidene Existenz fristete. Und so finden wir denn, sowohl in den Statuta et consuetudines, als auch im Grand coutumier de Normandie und in den Entscheidungen des Echiquier, das mort-gage ohne jede Beschränkung, ohne jeden Vermerk der Verbotsregel erwähnt und behandelt.

1) Ueber dieselbe vgl. auch die Etablissement de Louis Saint I a. 86 (im Recueil général des anciennes lois françaises par Jourdan, Decrusy, Isambert II p: 467).

2) Latein. Text s. bei Ludewig, reliq. manuscript. VII p. 192.

3) Ueber dieselben und ihr Verhältniß zum Grand coutumier de Normandie vgl. die lehrreichen Untersuchungen von Brunner, das anglonormannische Erbfolgesystem S. 54 fg. Eine Benutzung der Statuta et consuetudines durch den Verfasser des Grand coutumier erscheint mir übrigens nach der vielfachen Uebereinstimmung beider Quellen als wahrscheinlich. Jedoch hätte ein näheres Eingehen auf die Geschichte und den Aufbau des normannischen Rechtsbuches hier keinen Zweck.

Am klarsten im Grand coutumier ch. 111 [1]), wo von dem breve de feodo et vadio und dem entsprechenden Recognitionsverfahren die Rede ist: Il y a une maniere de gaige que len appelle mort gaige. Mort gaige est qui de rien ne se acquicte; si comme quand aulcune terre est bailliée en gaige pour cent solz, par tel convenant que quand cil qui l'engaige la vouldra avoir, il rendra les cent solz. — — Schon vorher heißt es: Une maniere est quand une terre est baillée pour aultre terre en gaige ou pour deniers ou pour aultre chose et en la fin du temps doibt à chacun estre la chose rendue. Es wird sodann die Prozeßbehandlung entwickelt, und damit klar erwiesen, daß diese Art des gagium den vollen Rechtsschutz genießt. Namentlich ist es eine Prozeßmaxime, welche, obgleich nur zufällig hier einschlagend, doch auch auf unser Institut ihr Schlaglicht wirft, und zugleich kundgibt, mit welch' universeller Kraft die germanischen Principien sich ihre Herrschaft gebahnt haben. Es ist der Grundsatz, daß, wer sich im Prozeß mehr Recht an einer Sache anmaßt, als er hat, auch dasjenige Recht verliert, welches er hat; ein Grundsatz, welcher im Sachsensp. I 32 zu der Consequenz führt, daß, wenn eine Leibzüchterin das Gut als ihr eigen behauptet unde wirt se dar af gewiset mit rechte, se hevet beide egen unde liftucht dar an verlorn; vgl. dazu Agricola, Gewere zur rechten Vormundschaft S. 489, auch Rechtsb. nach Distinkt. I 20 d. 18, Richtst. LR. 25 §. 4, vgl. auch Ruprecht v. Freysing I c. 183 [2]). Dieses Princip bricht nun auf dem Gebiete des Pfandrechts in der Consequenz hervor, daß der Pfandbesitzer, welcher der Pfandklage gegenüber

1) Bourdot de Richebourg IV p. 47, vgl. Ludewig VII p. 360. Vgl. auch Brunner, Entstehung der Schwurgerichte S. 318 fg.

2) Vgl. auch Martitz, ehel. Güterrecht des Sachsensp. S. 196, Brunner, Entstehung der Schwurg. S. 319.

Eigenthum beansprucht, auch sein Pfandrecht verliert; die Summe aber, welche er als Gläubiger zu fordern hat, fällt an den König: also Verlust des dinglichen Rechts, damit verbunden, Confiskation des obligatorischen Forderungsrechts. Diese Behandlung der Sache findet sich im Rechte der Franken und der Normannen; sie findet sich in den Assisen von Jerusalem, Cour des bourgeois ch. 228 (Beugnot, Assises II p. 158): se celuy ou cele qui mist la chose guage peut moustrer par deus garens qui li virent metre en gage, le dreit comande que celui est tenus dou rendre le gage par dreit, et deit perdre se que il i aveit presté, por ce qu'il volet prendre autruy chose par barat —. Et ce qu'il avet presté deit estre paiés à la cort de qui ce deit estre; sie findet sich bei Beaumanoir LXVIII 10 (Beugnot II p. 479): il doit rendre le gage à cil qui li bailla, et si doit perdre le dete qu'il bailla sor le gage, et si quiet en l'amende vers le signeur; sie findet sich in den alten normannischen Quellen bei Warnkönig l. c. II Urkundb. p. 12 und 44, so an letzterer Stelle: habebit dominus rex pecuniam expressam a petente vel per juratores, et ille convictus erit in misericordia regis, et ille pro quo juratum est, habebit terram sine contradictione; sie findet sich in mehrfachen Entscheidungen des Echiquier, so v. 1213 (Delisle, recueil de jugements de l'Echiquier nr. 122 p. 32): Dicunt (sc. Juratores), quod est vadium invadiatum — — Judicatum est quod Robertus habeat terram que visa fuit per justiciam et reddat domino regi predictos denarios, et predictus Gaufridus in misericordia pro difforciatione; sie findet sich in gesteigerter Form in einer Echiquierentscheidung von 1248 (Delisle l. c. nr. 719 p. 163), wo dieselbe Rechtsfolge ausgesprochen ist, obgleich der Pfandbesitzer das Pfandverhältniß nicht abgeläugnet, sondern

nur eine zu hohe Verpfändungssumme behauptet hatte; sie findet sich in voller Schärfe ausgesprochen im Grand coutumier de Normandie ch. 111: Se aulcune partie nye le gaige et il est après prouvé par l'enqueste, cil qui demande le gaige l'aura; et cil qui le nya perdra ce qu'il avoit baillé en gaige, et l'amendera par dessus et ces choses appartiennent à la dignité au Prince et luy remaindront par la raison du gaige qui fut nyé. — — — Se cil qui est querellé recongnoist le gaige, mais il dict qu'il est pour plus de pecune engaigé que il n'est contenu en brief, l'enqueste doibt estre faicte du nombre des deniers et de tous les poinctz que sont nyez, cil qui en sera attaint par l'enqueste l'amendera; vgl. auch ib. ch. XXII (B. de Richeb. IV p. 10)[1]. Derselbe Satz gilt auch im französischen Lehnrecht, wo es sprichwörtlich heißt: qui fief dénie, fief perd — und so überhaupt; aber gerade die besondere Gestaltung desselben beim Pfande zeigt, wie das deutsche Recht hinter diesem dinglichen Rechte nicht seine Zweckfunktion und seine regelmäßige Anlehnung an das obligatorische Forderungsrecht vergessen hat[2]. Uebrigens könnte weiter dargelegt werden, wie das Verlustprincip wegen Rechtsanmaßung nicht dem deutschen Rechte eigen ist, wie es in ähnlicher Weise bei andern Völkern der gleichen Kulturstufe hervorbricht, als eine naturgemäße Reaction der Rechtsordnung gegenüber der Auflehnung gegen ihren rechtmäßigen Bestand, oder auch als naive Sprache der Rechtslogik früherer Zeiten, welche den anmaßenden Eindringling beim Worte faßt: das, was du verlangt hast, kommt dir nicht zu, etwas anderes verlangst du selbst nicht, folglich erhältst du nichts. Doch das muß späteren Arbeiten überlassen bleiben.

1) Vgl. Ludewig VII p. 258. 259.

2) Dies beweist die Confiscation der Forderungssumme; denn andernfalls wäre eben einfach und ohne weiteres das Pfandrecht aberkannt worden.

Ist es hiernach klar, daß das mort-gage ein im Leben praktisches Institut gewesen ist, so ist es anderseits sehr begreiflich, wie man es mit einem leichten Schleier zu verhüllen pflegte: ein leichter Schleier hat oftmals in der Geschichte des Rechts genügt, um vor einer unbequemen Verbotsbestimmung die wahre Gestalt der Sache zu verdecken, sobald keine Geneigtheit mehr bestand, das Verbot in Ernst und Strenge zu handhaben. Nach der très-ancienne coustume de Bretagne, einem Rechtsbuche ungewissen Alters, so genannt im Gegensatz zu den officiellen Landrechtsredaktionen von 1539 (ancienne coutume) und von 1580 (coutume nouvelle), pflegte bei Bestellung des Nutzpfandes nur die Hälfte der Früchte dem Gläubiger zur Anrechnung zu kommen, die andere Hälfte war sein Gewinn, sein freier Zeitgenuß: also eine Combination von mort-gage und vif-gage zu halb und halb. Dieses System pflegte man auch dann einzuhalten, wenn der Gläubiger executionsweise in den Fruchtgenuß der Sache eingewiesen wurde; und man brachte dasselbe in Verbindung mit der Rechtsanschauung, daß die nuda proprietas an Werth einer Hälfte des vollen Eigenthums gleich sei: wenn nämlich der betreibende Gläubiger in die nuda proprietas exequirte, so wurde die nuda proprietas auf halb so viel geschätzt, als das volle Eigenthum: er erhielt die Sache à my prix. Diese Behandlungsweise nun ist sehr richtig vom Standpunkte unserer Rechtsordnung aus, welche einen entsprechenden Kapitalnutzen für gerechtfertigt hält und es als einen Verlust erkennt, wenn das Kapital zeitweise nutzlos bleibt: von unserem Standpunkte aus ist es ebenso gerechtfertigt, daß die nuda proprietas, welche eine sofortige, wenn auch geringere Verwerthung zuläßt, dem Gläubiger zu einem herabgeminderten Preise angerechnet wird, als daß der bloße Fruchtgenuß ohne nuda proprietas, welcher nur einen allmählichen Abtrag bewirkt, nicht zum vollen, sondern gleichfalls nur

zu einem reducirten Betrage dem Gläubiger in Anrechnung kommt. So auf unserem Standpunkte; anders auf dem Standpunkte des Zinsverbotes: auf diesem ist nur das erstere, nicht auch das letztere gerechtfertigt, so daß eigentlich eine Sache doppelt, einmal zu herabgemindertem Preise qua nuda proprietas, sodann unter voller Anrechnung des von Jahr zu Jahr percipirten Erträgnisses als Nutzungssache verpfändet und gepfändet werden könnte; ein Resultat, gegen welches sich der praktische Sinn der Bretonen sträubte. Darum rechnete man dem Nutzpfandgläubiger von dem Erträgniß von beispielsweise je 1000 nur je 500 auf das Kapital an, und wenn er z. B. 6000 zu fordern hatte, wurde ihm die Sache nicht nur auf 6, sondern auf 12 Jahre zum Genusse angewiesen, indem man ihm die andern jährlichen 500 zu Gute kommen ließ für die Entbehrung der nuda proprietas, d. h. wirthschaftlich für die Entbehrung der Möglichkeit, sein Geld durch Distraction der Sache sofort herbeizutreiben. Dieses ergiebt das außerordentlich interessante ch. 298 der très ancienne coustume (B. de Richebourg IV p. 270), welches hiermit folgt:

Comment l'en doit executer sur engaige.

Et si héritaiges estoient engaigez jusqu'à certain temps, l'en doit regarder combien de temps il y auroit à venir, et seroit rabatu la moitié selon le prix qu'ils seroient prisaigez [1]), et qu'ils devroient valoir au temps de l'heritaige pource que l'en use, quand l'en baille terre en gaige, l'en les baille à my acquit [2]); et conviendroit que le creancier à qui l'en bailleroit les heritaiges, attendroit

1) Bei diesen Abschätzungen wurde nämlich der Fruchtertrag einer bestimmten Periode zu Grunde gelegt. Vgl. auch ancienne coutume a. 250 fg., coutume nouvelle a. 238 fg.

2) Vgl. d'Argentré, commentarii in patrias Britonum leges, ad a. 253 der ancienne coutume (Ed. alt. Par. p. 846): tantundem igitur aestimatur ususfructus, quantum proprietas (sc. nuda).

les levées par année; car qui luy feroit le rabat de tout, ce seroit faire préjudice au debteur (es wäre ungerecht gegen den Schuldner, wenn man die nuda proprietas für nichts rechnen wollte); car aussi devroit l'en faire[3]) sur les heritaiges que le debteur tiendroit par engaige l'execution faire au creancier et ne seroit tenu le creancier, si n'est de sa volonté en plus les prendre, pource que le sien luy est deu en present, et il est métier à chacun que le sien luy vaille, et luy porte profit — — der erste Theil der Stelle handelt von der Execution auf ein Grundstück des Schuldners, das sich im Nutzpfand eines Dritten, der zweite Theil von der Execution auf ein Grundstück, das sich im Nutzpfand des Schuldners befindet. Die Stelle bestätigt zugleich von Neuem, wenn es noch einer Bestätigung bedürfte, den dinglichen Charakter des Nutzpfandes, welches gegenüber der Execution der Chirographargläubiger in vollem Bestande bleibt. Soweit diese Sonderbehandlung des mort-gage; eine andere sehr interessante Verschleierung werden uns einige südliche Coutumes späteren Datums bieten.

Die Frage über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des mortgage war die wichtigste Frage, welche das altfranzösische Nutzpfandrecht aufgeworfen hat; war man hierin zur Einigung gelangt, so waren es nur noch einzelne Detailpunkte, welche in den Coutumes einer besonderen Feststellung zu bedürfen schienen; im übrigen war, dank der tüchtigen Arbeit der französischen Coutumisten, das Institut auf so festen Grund gebaut, sein dinglicher Charakter mit allen Consequenzen so sehr in das Volksbewußtsein gedrungen, daß es keiner neuen Detailordnung der Sache bedurfte und nur in wenigen Punkten das Bedürfniß besonderer Fixirung auftauchte. Die Fragen, in welche die spä-

3) faire ist zu streichen.

teren Coutumes bei Erwähnung des engagement auslaufen, sind vornehmlich, welche Stellung dasselbe einnimmt zu dem Rechte des nächsten Erben und zu dem Rechte des seigneur; auch die Frage über die Fristen der Einlösung und über die Berechnung des Fruchterträgnisses spielt dabei eine Rolle. Besonders ausführlich ist ein alter Coutumier von Burgund, welchen Marnier im Jahre 1858 aus einer Handschrift vom Ausgang des 14. oder Anfang des 15. Jahrh. publicirt hat [1]). Hier ist bezüglich der Einlösung ähnliche Bestimmung getroffen, wie in deutschen Urkunden und deutschen Gewohnheitsrechten; die Einlösung darf nicht inmitten des Fruchtjahres erfolgen: „Je te met cest gagière et le raienberai en mars". Se tu ne le raiens en mars, que I souls iour en soit passez, tu ne le puet raienbre, jusques en l'autre mars se il vuet. Et se tu le mes en gages par termines, tu le doit raienbre par termine — — ch. 9 pr. (Marnier p. 13).

Auch bezüglich des Retractrechts folgt dieser Coutumier vollkommen der deutschen Rechtsübung; so ib. §. 1: Se tu vuet mettre ton héritages en gages, tu en dois semondre premierement celui à cui il deveroit miex escheir de ton parenté. Et se il ne le vuet, tu le puet engagiez à cui que tu vues; et se il le vuet, tu ne le puet par droit engagier à autrui. Et se tu ne l'en semons, et il le vuet, il le puet bien recourre (auslösen). Vgl. auch ib. §. 2.

Der Verpfänder hat aber nach der französischen Eigenthumsverfassung in der Blüthe des Feudalsystems nicht nur auf die Erben Rücksicht zu nehmen, sondern auch auf den seigneur; denn die Frage, ob und in welchen Fällen die Mutationsgebühr, der quint und requint, die lods et ventes dem Seigneur zu entrichten seien, mußte sich in Frankreich, bei der Energie,

1) Ancien Coutumier de Bourgogne (Paris 1858).

mit welcher das Feudalsystem alle Gebiete der Grundeigenthumsordnung durchsickerte, mit noch größerer Lebhaftigkeit aufdrängen, als in Deutschland. Manche Rechte unterwarfen eine jede Satzung der Gebühr. So die Charte de commune de la ville de Seurre a. 38 (bei Garnier, Chartes de communes et d'affranchissements en Bourgogne 1867/77 II p. 212. 279): Et peult ung chacun vendre, engaigier, donner, aliener et faire toute sa volunté — — tous ses biens et toutes ses choses, moubles et héritaiges — — saul au seigneur de Lehurre douze deniers de la livre de la vendue en heritaiges — —, et six deniers de la livre de la gaigerie — —. Meist aber wurde nur die Satzung, welche eine bestimmte Reihe von Jahren bestand, wie eine Eigenthumsveräußerung behandelt und der Gebühr unterworfen. In der très ancienne coustume de Bretagne sind 9 Jahre die Normaldauer, deren Ueberschreitung zur Gebühr verpflichtet, a. 298 (B. de Richebourg IV p. 270): puis que engaige passe neuf ans, que ventes en issent au Seigneur; während nach anderen Rechtsquellen bereits mit 3 Jahren die gebührenfreie Periode abschließt. In dem, wohl in das 13. Jahrh. fallenden, Rechtsbuch: Li droict et lis coustumes de Champaigne et Brie que li Roys Thiebaulx establi, wird die Veräußerung über drei Jahre sogar noch an die Zustimmung des Lehensherrn gebunden, und bei Veräußerungen unter 3 Jahren vorausgesetzt, daß der Vasall sonst noch genügende Güter habe, um die Lehensdienste davon zu leisten. Es heißt hier a. IV (B. de Richebourg III p. 210): Il est coustume en Champaigne, que nobles qui tiennent de fie ne peuvent vendre, ne engaiger, ne aliener, en aultrui main le fie, qui tiennent de lor Seigneur a annees, fors que a trois ans. Et quant il lengaigent a trois ans, il doivent venir a leur seigneur et dire: Sire

je ay vendues les yssues du fie que je tieng de vous a trois ans: Li sires li doit loer ne li doit mie contredire, par raison: ne sire souverains, par raison esdictes trois annees ny puet mectre la main, mais que il tiengne dou doumainne en sa main, parquoy il puisse servir le Seigneur: quar le tout ne puet il mie engaiger ne vendre. Dies ist Reminiscenz aus alter Zeit; nach sonstigen Quellen konnte die Zustimmung zur über dreijährigen Veräußerung erkauft werden durch die Mutationsgebühr, allerdings durch eine sehr starke Mutationsgebühr, den quint, also den 5. Theil des Kaufpreises, wozu in manchen Coutumes noch der requint (ein Fünftel dieses Fünftels) trat. Das absolute Einspruchsrecht des dominus hatte sich zu dem Feudalretrakt ermäßigt[1]).

In diesem Stande nun finden wir die Sache noch in den officiellen Coutumesredaktionen, welche die reichsten Schätze des deutschen Rechts enthalten und hauptsächlich dazu beitrugen, dem fränkischen Rechte jene Consistenz und Zähigkeit zu geben, die wir noch im Code civil anstaunen. Das engagement bis zu drei Jahren ist frei; das länger dauernde unterliegt der Mutationsgebühr. So die Coutume von Troyes v. 1509

1) Vgl. Beaune, introduction à l'étude historique du droit coutumier (1880) p. 316. 328, Warnkönig, französische Staats- und Rechtsgeschichte II S. 366 fg. Der Feudalretrakt findet sich bereits in den Etablissement de Louis Saint I a. 157 (im Recueil général des anciennes lois franç. par Jourdan, Decrusy, Isambert II p. 556). Wenn, wie es häufig in Urkunden vorkommt, der Lehensherr die Verpfändung bestätigt, so paßt dies natürlich zum Systeme des nothwendigen Consenses, wie zum System des Retrakts. So in Urk. v. 1216 Cartulaire de l'Abbaye de Notredame des Vaux de Cernay (par Moutié 1857|58) I 199 p. 202: „Hanc autem invadiationem concessit Robertus de Monasterio, ad cujus feodum prescripta decima pertinebat, et eam contra omnes garantizare tenetur; Urk. im Cartulaire de Notre-Dame de Chartres (par Lépinois und Merlet 1865) II 258 p. 113: Thècle — — engage au Chapitre pour 80 livres parisis toute sa dime de Jouy — — Garnier Morhier approuve cette obligation et la garantit comme seigneur du fief.

a. 34 (B. de Richebourg III p. 242): Le vassal peut engager ou vendre à rachat son fief ou partie d'iceluy, jusques à trois ans, et le doit signifier et dire à son seigneur feodal: et s'il le rachete ou desgage, durant lesdits trois ans, n'en doit quint denier, n'autres droits, audit seigneur feodal; vgl. dazu Le Grand, Coutume du bailliage de Troyes (1715) p. 130 fg. Ebenso die Coutume von Vitry le français vom gleichen Jahr a. 22 (B. de Richebourg III p. 313): Par coustume dudit Bailliage, le vassal peut vendre ou engager son fief au rachat de trois ans, en signifiant ledit vendage au seigneur feodal; et ne doit pour ce aucun quint ou requint, pourveu que ledit fief soit racheté dedans lesdits trois ans; pendant lequel temps ledit vassal doit faire à son seigneur le service dont ledit fief est chargé. Ebenso ib a. 33: — — s'il la vend à plus d'années, il en est deu quint denier.

So auch die Coutumes von Chalons und Rheims; Chalons v. 1556 a. 193 (B. de Richeb. II p. 487): Le vassal peut vendre et engager son fief, à faculté de rachat de trois ans, sans le congé de son seigneur feodal, et sans pour ce estre tenu d'aucuns droicts ou devoirs audit seigneur, pourveu qu'il le rachete dedans lesdits trois ans, et qu'il ne proroge ladite faculté de rachat, ou renouvelle icelle sans interposition de temps. So auch Rheims, und zwar bereits in den alten Coutumesredaktionen von 1481 und 1507 a. 384 (in Varin, archives législatives de la ville de Reims, I, coutumes p. 836): Le vassal ne peult, sans la licence et consentement de son seigneur féodal, engaiger son fief pour deniers par luy empruntez, ou pour autre chose dont il soit tenu, en le mettant hors de ses mains et possession à plus long terme de trois ans, que le seigneur féodal n'ayt quint denier du pris

de l'engaigement, à payer par le propriétaire qui l'a engaigé; et quand il le racheptera, et rendera les deniers pour descharger, acquicter ou recouvrer son fief, il n'en devera pour ce rachapt aulcun quint denier; und ebenso die Coutume von 1556 a. 88 und 91, ebenda I p. 942. 943 (auch bei B. de Richebourg II p. 497): Assavoir pour engaigement faict par le vassal, sans le consentement du seigneur feudal, de son fief, mectant icelluy hors de ses mains et possession à plus long terme que de troys ans, est deu par le propriétaire d'icelluy fief quint denier de la somme pour laquelle a esté engaigé ledict fief; — — a. 91. Pour vendition faicte soubz grâce de rachapt, ou réméré, pour trois ans, n'est deu quint denier; mais si l'achapteur proroge ladicte grâce, sera ladicte prorogation réputée faicte en fraulde du seigneur feudal; auquel cas, pour raison d'icelle prorogation, sera deu quint denier. — — Daß in dieser finanziellen Beziehung die Satzung und der Kauf auf Wiederkauf einander gleichgestellt sind, ist leicht erklärlich, da ja bei finanziellen Operationen der wirthschaftliche Schlußeffekt maßgebend ist, nicht der juristische Weg, um zu demselben zu gelangen. Daß aber juristisch beide Dinge als etwas Grundverschiedenes galten, geht aus den citirten Stellen selbst hervor, und wird zudem von den großen französischen Coutumisten Dumoulin und d'Argentré ganz energisch betont. So sagt Dumoulin, tractatus contractuum et usurarum qu. 35 nr. 268 (Opera omnia Paris. 1658 II p. 214): Verum advertendum, quod licet haec antichresis non multum distet ab emptione ipsius fundi sub eodem pacto redimendi: tamen non tam parum abest, quin sit notabilis distantia. Quia in venditione et traditione fundi venditor statim omne dominium et possessionem amittit, quae transferuntur in em-

ptorem: sed in hac simplici antichresi venditor remanet dominus et quod emptor efficitur possessor, non est simpliciter, sed tanquam creditor hypotheecae incumbens. Aehnlich d'Argentré a. a. O. ad a. 61 (p. 275).

Während nun aber insbesondere in der Champagne, dem althergebrachten Gewohnheitsrechte entsprechend, die Freiperiode eine dreijährige war, blieb sie in der Bretagne eine neunjährige; so die Coutume ancienne a. 64. 65 (B. de Richebourg IV p. 295), und entsprechend auch die Coutume nouvelle a. 55 (B. de R. IV p. 364): Et s'il advient qu'aucun baille son heritage pour jouir des fruits d'icelui, en payement de deniers pris par le bailleur, ou autrement à titre d'engages qui passe neuf ans, ventes sont dûes; et s'il ne passe, ventes ne sont dûes. Und ebenso a. 56 bezüglich des Kaufs auf Wiederkauf: En contrat de vendition où y a condition de remeré et recousse, ventes ne sont dûes pendant ladite condition de recousse, si elle ne passe neuf ans; et le temps de la premiere condition échû et passé, si le remboursement n'est au dedans d'icelui, rentes sont dûes, ores que la grace eût été prolongée, ou autre de nouveau octroyée par l'acheteur. Wenn übrigens das Grundstück Einem zuerst in Nutzpfand gegeben und dann der proprietas nach verkauft wird, dann muß die Mutationsgebühr für Nutzpfand und Proprietät bezahlt werden: a. 54 C. nouvelle: Celui qui engage ses heritages, et après les vend, et fait entrer le prix de l'engage en la vente, il doit payer les ventes tant de l'engage que de la vendition; denn, bemerkt d'Argentré l. c. p. 278, sic totus fundus, quamvis diversis temporibus et pretiis venditur: in den zwei Veräußerungen zusammen steckt der wirthschaftliche Werth des Grundstücks, welcher auf den Erwerber übergeht, — ganz ähnlich, wie in dem Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks Einem

zuerst eine Rente an der Sache bestellt und ihm dann die Sache selbst verkauft, der Retracterbe bei der Losung beide pretia zu bezahlen hat, Grand coutumier de France, Ed. Laboulaye — Dareste p. 344.

Wie in der Bretagne das alte Recht bezüglich der Freiperiode in den officiellen Coutumes wiederkehrt, so finden wir in der officiellen Coutume der Normandie von 1583, welche an Stelle des damals schon längst veralteten Grand coutumier de Normandie getreten ist [1]), in a. 466 jene alte Bestimmung wieder, daß der Pfandgläubiger, welcher sich das Eigenthum anmaßt, sein Pfandrecht einbüßt und seine Forderung an den König verliert: Le contrediteur qui contre verité denie ou mescognoist le gage, confisque au Roy les deniers qu'il a prestez sur icelui; et le gage doit estre rendu à celui qui l'a baillé (B. de Richeb. IV p. 84); vgl. Frigot, coutume de Normandie (1779) I p. 32 u. 126.

Interessanter, als alle diese Bestimmungen, sind einige Anordnungen südlicher Coutumes, welche uns einen tiefen Einblick in die Praxis des Satzungsrechtes bieten. Man täuscht sich sehr, wenn man sich die pays de droit écrit als Länder des reinen römischen Rechtes vorstellt, in welchen das germanische Recht keine Wurzel gefaßt hätte. Allerdings hat hier die Praxis des römischen Rechts ihre tiefsten Furchen gezogen, und zwar weniger in der Gestalt des Justinianeischen Rechts, als in derjenigen Gestalt, welche sie durch den Theodosianischen Codex erhalten hatte; allerdings hat hier das römische Recht verschiedene seiner eigenartigsten Institute conservirt, wie z. B. das

1) Das königliche Decret, welches die Neuredaktion der Coutume anordnet, nennt den Grand coutumier: un livre fort ancien, composé de langage et mots peu intelligibles — — mesmes aussi qu'aucuns articles de coustume — sont antiquez d'un commun et tacite consentement par non usage — — — (B. de Richeb. IV p. 111).



Dotalsystem, allerdings war und blieb es in subsidiärer Geltung, — aber auch nur in subsidiärer Geltung, während eine überreiche Anzahl von Stadt- und Landrechten die Flagge des fränkischen Rechts siegreich aufpflanzte [1]), ganz abgesehen von den fremdartigen baskischen Elementen, welche in den Pyrenäen sprachlich und rechtlich gestaltend waren und zu den wundersamsten Institutionen geführt haben. Dazu kam namentlich für die Guyenne die langjährige englische Herrschaft, welche eine tief germanisirende Nachwirkung ausgeübt hat, vgl. auch Beaune a. a. O. p. 461.

Von Interesse ist zunächst die Coutume von Bayonne, officiell redigirt a. 1514; dieselbe bestimmt in tit. 20 (B. de Richebourg IV p. 960) folgendes:

a. 1. Ou le debteur baille à son créancier sa maison ou heritage, pour asseurance de ce qu'il luy doit, le créancier doit entretenir telle maison en estat, et faire labourer l'heritage des oeuvres necessaires et payer aussi les fief [2]) et rentes à qui il appartient, le faisant sçavoir au debteur ou à son procureur ou commis en son absence, et recevoir le surplus des fruits provenans de telle maison ou heritage, en deduction de la somme deue.

a. 2. Et doit le crediteur par ladite coustume notifier au debteur la quantité des fruits, et les faire apprecier, luy appellé par les experts jurez.

a. 3. Le debteur peut retenir les fruits pour le pris

---

1) So wird die Sache auch von der neuestens publicirten Coutume von Clermont-Dessus (de anno 1262) charakterisirt a. 64: Tota causa — sia juggat e determenat per aquesta costumas o per los stablimens de Clarmont; e si no podio per diversitat de cas que hi aveguesso, quels cals cas avenidors no fos fach mentios en las costumas ni els stablimens de Clarmont, que sia juggat per drech escrieut. Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1881 p. 81.

2) Natürlich Lehensabgaben.

qu'il luy est declaré par le créancier, ou experts, ou trouver aucun qui plus en voudra donner.

a. 4. Toutesfois où le debteur ne retient les fruits, le créancier les peut retenir pour semblable pris, que les estrangers; et s'il ne les veut retenir, sont delivrez à celuy qui plus en presente.

Ein vortrefflisches Mittel, um bezüglich der Fruchtabrechnung zum richtigen Werthansatze zu gelangen! Der Gläubiger bietet die Früchte dem Schuldner zu einem geschätzten Preise an; dieser kann sie zu dem geschätzten Preise übernehmen oder einen Dritten bringen, welcher den Preis überbietet, vorbehaltlich des Rechts des Gläubigers, in das Uebergebot einzutreten. Das beiderseitige Interesse ist der Regulator des Preises und die mögliche Ingerenz eines Dritten hilft da aus, wo dem Schuldner die Mittel fehlen, um der Stellung des Gläubigers ein Gegengewicht zu bieten.

Interessant ist auch noch die Bestimmung des a. 5, wornach, für den Fall der Vermiethung oder Verpachtung des Nutzpfandes durch den Gläubiger, dem Schuldner, wenn er genügende Sicherheit bietet, der Vorzug gewährt werden muß:

Si le crediteur qui a prins telle maison ou heritage en gage de son debte, veut louer ou assencer [1]) telle maison ou heritage, le debteur principal est preferé à retenir tel louage ou assence, en baillant bonne caution au creancier de payer le pris, qu'un autre en veut bailler, et de luy retourner la chose après le temps du louage ou assence fini et parachevé. Und a. 6: Et en cas que le debteur ne veuille faire telle retention, le crediteur la peut bailler et delivrer à un autre.

Noch interessanter und lehrreicher sind zwei Coutumes im

1) = accenser, in Zins geben.

äußersten Südwestwinkel Frankreichs, die Coutume von Labourt v. 1514 tit. XVII (B. de Richeb. IV p. 976) und die von Sole v. 1520 tit. XXXI (B. de Richeb. IV p. 998). Diese Titel sind von einander fast nur sprachlich verschieden und folgen hierbei:

Labourt t. XVII.

a. 1. Si le debteur durant le debte fait vendition de ses biens, esquels aucun y eust droit ou interest par obligation ou autrement, tel creancier ou creanciers se peuvent addresser contre le possesseur.

a. 2. Et si le debteur principal veut prendre le procès ou gariment pour le possesseur, faire le peut; mais s'il est condamné, le possesseur est aussi condamné.

a. 3. Si aucun a engagé sa terre pour somme de deniers, ne la peut recouvrer si celuy à qui elle a esté engagée y a semé aucun grain; toutefois ladite semence cueillie, et auparavant que autre grain y ait esté semé, la peut recouvrer en restituant la somme de deniers.

Sole t. XXXI.

a. 1. Si lo debitor durant lo debte fey vendition de sons biens, en losquoaus aucun y agosse dret ou interest, per obligation ou autrement, tal creditor ou creditors se poden adressar contre lo possessor.

a. 2. Et si lo debitor principal vol prendre lo procès ou garentie per lo possessor, far lo pot; mais si ed es condempnat, lo possessor es aussi condempnat.

a. 3. Si aucun a engadgeat ou empenhat sa terre per some de diners, no lo pot recrubar si aquet à qui a estat engadgeat y a semenat aucun gran. Totesbets ladeite semenence culhide, et auperavant que autre gran y aye estat semenat, se pot recrubar, en restituin la some de diners.

a. 4. Si par le contrat de l'engagement a esté accordé que le creancier doive donner ou payer à celuy de qui est la terre durant l'engagement certaine rente par an, vulgairement appellé ychide[1]), le creancier peut prendre les fruits qui sortiront d'icelle terre engagée, sans qu'il soit tenu deduire aucune chose du sort principal, en payant icelle rente.

a. 5. Si par iceluy contract le creancier n'est tenu payer annuellement icelle rente, en ce cas doit deduire et rabatre tout ce qu'il a prins d'iceux fruits sur le sort principal, en precontant au creancier ce qu'il y a frayé.

a. 4. Si per lo contracte de l'engadgement a estat accordat, que lo creditor deye donar ou pagar à daquet de qui es la terre durant l'engadgement certane rente raisonable per an, vulgariment appellat ychide ou agrer, lo creditor pot prendre los fructs qui sortiran de quere terre engadgeade, sens que no es tengut deduire aucune cause de la some principale, en pagant aquere rente.

a. 5. Si per lodeit contracte lo creditor no se tengut pagar annualiment ladeite rente raisonable ou agrer, en aquer cas deu deduire et rebatre tot so, qui a pres deusdeits fructs, sus la some principale, en precomptant au creditor los costadges frayatz.

Nicht nur die Dinglichkeit des Pfandes ist anerkannt, nicht nur der Grundsatz ist ausgesprochen, daß die Einlösung nicht inmitten des Genußjahres geschehen darf; sondern es ist eine conditio sine qua non für das mortgage festgesetzt, welche zu gleicher Zeit das juristische Mittel war, um das kanonische Wucherverbot aus der Praxis hinauszudrängen. Von jeher

1) ychide = redditus annuus, vgl. Ducange v. ychigare und die dort cit. Cout. de Bragerac a. 115 (B. d. R. IV p. 1030).

ist es die Losung derjenigen, welche einen Verbotssatz auf verdeckten Wegen zu umgehen und zu überflügeln suchten, gewesen, das verbotene Geschäft in eine Reihe von unverbotenen Geschäften zu zerlegen und durch Combination solcher den verpönten Effekt zu erlangen. Während sich das Verbot gegen ein bestimmtes Geschäft als den Typus eines von dem Rechte verpönten wirthschaftlichen Erfolges richtet, sucht man durch eine geschickte Verbindung anderer, an sich vollkommen gesetzmäßiger, Geschäfte den gleichen Erfolg zu erreichen: Während der gerade Weg gesetzlich abgesperrt ist, trachtet man durch Combination von Seitenwegen zu dem Resultate zu gelangen, welches das Gesetz vermeiden will, indem es den ordentlichen Weg dazu verlegt: man sucht durch gebrochene Linie das zu erzielen, was der geraden Linie gesetzlich versagt ist, man umgeht in einer tendenziösen Combinirung von Seitenbahnen die Hauptbahn, um an einer unbewachten, ungeschützten Stelle auf das Terrain zu debouchiren, dessen Betretung zu vermeiden der Zweck der gesetzlichen Bestimmung ist. Ich habe seiner Zeit ein solches, in Umgehung des verpönten Hauptweges, auf Seitenwegen schleichendes Geschäft als verdecktes Geschäft bezeichnet, und halte diese Bezeichnung auch jetzt noch für zutreffend [1]); mindestens ist das, was man an seine Stelle setzen wollte, nicht entfernt im Stande, alle hierhergehörenden Fälle in einer charakteristischen Bezeichnung zu vereinigen [2]), in Gegenübersetzung gegen das

1) Das Geschäft ist verdeckt, indem das Ziel verdeckt ist, das es zu erreichen sucht. Vgl. auch Hasenöhrl, Oesterreich. Obligationenrecht I S. 529.

2) Regelsberger, Arch. f. civ. Prax. B. 63 S. 173, statuirt neben den simulirten Geschäften die fiduziarischen Geschäfte und die rechtsgeschäftlichen Schleichwege; davon würden die fiduziarischen Geschäfte einem erlaubten, die andern einem unerlaubten Zweck dienen. So läßt sich in keiner Weise unterscheiden. Dieselbe Combination von Geschäften kann zu erlaubten wie zu unerlaubten Zwecken verwendet werden, das ist von Bedeutung für

simulirte Geschäft, bei welchem der Umgehungsweg nicht gewollt, sondern nur vorgespiegelt, in der That aber der verpönte Weg selbst gewollt ist. Die verdeckten Geschäfte gleichen einer Truppenoperation, welche die festen Zugangspunkte vermeidet, und dem erstrebten Ziel auf verborgenen Seitenwegen nahe zu kommen trachtet, während das simulirte Geschäft einer Bewegung gleicht, welche durch Scheinmanoevres den Gegner zu zerstreuen, und in Folge dessen auf der ordentlichen Angriffsstraße unter geringerem Widerstande durchzudringen sucht. Solange nun das Verbot in der Fülle seiner Kraft steht, solange es von dem Richter mit Kopf und Herz gewahrt wird, solange wird es dem Unrechte nicht gelingen, auf solchen Schleichwegen das verpönte Ziel zu erreichen. Sobald aber die gesunde Kraft des Verbotes erstorben und das Verbotsgesetz zur paragraphenhaften Schattengestalt zusammengeschrumpft ist, sind solche Schleichwege von jeher das wirksamste Mittel gewesen, um über das unerwünschte Bild dieses Gespenstes noch den letzten Schleier zu werfen und es vollkommen aus dem Bereiche der Lebenden zu verbannen. Ein besseres Beispiel, als das vorliegende, hätte uns die Geschichte des Rechtes nicht bieten können. Warum ist das mort-gage nur unter der Voraussetzung gestattet, daß der Nutzpfandgläubiger eine jährliche Rente, eine ychide bezahle? Einfach deßhalb, weil das mort-gage an sich verboten ist, weil es aber nicht verboten ist, mit dem vif-gage ein Leih- oder Pachtverhältniß zu combiniren, wornach der Gläubiger die Früchte, die er sonst auf das Kapital aufzurechnen hätte, kraft eines Zinses oder Pachtschillings, kraft einer von ihm gemachten Gegenleistung frei und ohne Aufrechnung behalten darf: denn hier behält er den Ertrag der Früchte ex causa locati, nicht ex causa pignoris. Eine solche Combi-

die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit, aber eine Charakteristik der rechtsgeschäftlichen Combination bietet es nicht.

nation findet sich auch in deutschen Urkunden, indem der Pfandgläubiger einen größeren oder geringeren Zins für den Genuß der Pfandsache verspricht, vgl. Stobbe, deutsches Privatrecht II S. 268. 269, vgl. Urkunde v. 1252 bei Beyer (bezw. Eltester, Görz), Urkundenbuch zur Geschichte der ..... mittelrheinischen Territorien III 1142 p. 847: Dabimus autem eidem W. (dem Verpfänder) singulis annis, quamdiu ipsam curtim tenuerimus, viginti octo marcas in pacto — —[1]). War man nun aber soweit, so hatte man nur noch einen Schritt, um das ganze Verbot des mort-gage zu untergraben; da nämlich für die Höhe des Pachtzinses keine Gesetze galten, so konnte man den Pachtzins so gering ansetzen, als man wollte[2]), man konnte ihn zu einem Scheinzinse zusammenschrumpfen lassen, welcher nicht entfernt mehr ein Aequivalent für den Jahresgenuß bildete, und damit war das verpönte Gebiet des mort-gage erreicht: der Gläubiger hatte den Fruchtgenuß der Sache ohne Anrechnung auf das Kapital; er hatte ihn zwar ex locato, aber der Pachtzins war ein nummus unus: er hatte ihn ohne irgend welche respektable, beachtenswerthe Gegenleistung, der titulus locati war nur noch ein leerer juristischer Schall ohne jeden wirthschaftlichen Gehalt, ein construktives Schattenbild, ein juristischer Schemen ohne Blut und Leben. Die wirthschaftliche Stellung des mort-gage: unentgeltlicher Fruchtgenuß ohne Anrechnung auf das Kapital, Fruchtgenuß lediglich als Aequivalent für die Entbehrung des Kapitals, war erreicht, und das war alles, was der Gläubiger begehrte. Daß dieses der Gedankenkreis war, aus welchem jene Bestimmungen hervorgegangen sind, ist mir nicht zweifelhaft; denn so und nur so erklärt es sich, daß der Gläubiger gegen eine beliebige Rente von jeder

1) Vgl. auch Urk. v. 1398 bei Sudendorf VIII 245 p. 332.

2) Es ist, als hätte dabei die Argumentation der c. 14 de usur. vorgeschwebt: Licet uberiore sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum fenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

Anrechnung der Früchte befreit werden konnte. Bezeichnend ist es noch, daß die Coutume de Labourt nur von einer certaine rente spricht, die andere, sonst fast völlig übereinstimmende, Coutume eine rente raisonable verlangt: es scheint fast, als ob man damit einer allzukühnen Ausbeutung der charakterisirten Umgehungsfigur vorbeugen wollte.

Soweit die Grundprincipien des deutschen und französischen Nutzpfandes. Es hat sich übereinstimmend gezeigt, daß dieses Nutzpfand durch und durch ein wahres Pfand, mit allen Zweckfunktionen des Pfandes und mit der diesen Funktionen entsprechenden Anlage ist; weßhalb denn auch die Zeugnisse des deutschen Rechtes in dieser Beziehung nicht nur historisch, sondern auch dogmatisch zum Aufbau unseres Institutes verwendet werden können.

§. 9.
Theorie des Nutzpfandes nach römischem Rechte, zugleich Beitrag zur Besitzlehre.

Es ist im Vorigen bewiesen worden, daß das Nutzpfand ein dingliches Genußrecht gewährt. Was nun aber den Charakter dieses dinglichen Genußrechts betrifft, so ist es von großer Bedeutung, daß die römischen Quellen dem Pfandbesitzer juristischen Besitz einräumen. Man pflegt hier von einem abgeleiteten Besitze, von einer Ausnahme von den gewöhnlichen Besitzgrundsätzen, von einem Besitze ohne den normal dazu erforderlichen animus domini zu sprechen — völlig mit Unrecht. Nach der gewöhnlichen Lehre, welche jeden Nichteigenthumsbesitz in die Kategorie des anomalen, abgeleiteten Besitzes verweist, müßte man hierher vor allen Dingen die possessio des Provinzialen am Provinzialboden rechnen, sowie den Besitz am ager publicus, solange dieser nicht durch die Agrargesetzgebung privatisirt war; denn beidesmal konnte der Inhaber kein

Eigenthum haben: der Provinziale nicht, da der gesammte Provinzialboden nach der römischen Staatsauffassung (ähnlich wie früher im Chinesischen Reiche und in den Staaten des Korans) im Eigenthum des römischen Volkes oder des Cäsar stand, während die Grundbesitzer nur die erblichen Lehensträger waren[1]); und der Inhaber des ager publicus nicht, solange die Rechtsordnung ihn nicht in Privatgut verwandelt hatte. Und doch ist es sicher, daß diese Personen possessores waren: Gajus II 7, Frontinus, de controvers. agror. (Ed. Lachmann p. 36), Florus III 13[2]), Festus v. possessiones[3]), Huschke, über die Stelle des Varro von den Liciniern S. 75 fg., Rudorff, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. X S. 57, Beaudouin, Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1881 p. 168 fg. 178 fg. 180; und da auch das Haben des s. g. bonitarischen Eigenthümers als Besitz anerkannt wurde, vgl. Gajus II 41, so hätte es im römischen Reiche bezüglich des Grund und Bodens, bei welchem der Besitzesschutz gerade hauptsächlich in Betracht kommt, 10mal mehr abgeleiteten, als eigentlichen Besitz gegeben; eine Annahme, deren Unzulässigkeit von selbst einleuchtet.

In der That ist denn auch die ganze Lehre von dem animus domini als dem Willen, die Sache als Eigenthümer zu haben, verfehlt[4]). Das Wesen des Besitzes, und zwar des Vollbesitzes, besteht in der Beziehung zur Sache in der Gesammtheit ihrer normalen wirthschaftlichen Funktionen; der animus

1) Wobei die Frage, ob diese Theorie erst in der Kaiserzeit zur völligen Anerkennung gelangt ist, vgl. z. B. Mommsen, Hermes III S. 267, unerheblich bleibt, da die Theorie des Besitzes auch erst in der Kaiserzeit zur vollkommenen Entwicklung kam, vgl. fr. 3 § 23 de adq. poss.

2) = Ed. Jahn II 1.

3) Ed. Müller p. 241.

4) Vergl. nunmehr auch Sohm in den Festgaben für Thöl S. 107. Vgl. auch v. Liebe, der Besitz als Recht in thesi S. 14.

domini ist nicht der Wille, die Sache zu Eigenthum zu haben, sondern der Wille, und zwar der durch die That geäußerte Wille, die Sache in der Gesammtheit ihrer normalen wirthschaftlichen Funktionen für sich zu haben [1]). Wie sollte es denn auch bei einer im übrigen völlig gleichen Sachausbeute darauf ankommen, ob dieselbe mit Rücksicht auf ein ewiges oder temporäres, auf ein unbedingtes oder ein bedingtes Haben stattfindet! Wie sollte mein Sachgenuß ein anderer sein, ob ihm nach Jahren das Schwert der Vernichtung drohe oder nicht! Mehr, als alles andere, ist der Besitz eine Sache der Jetztzeit, eine Sache des Heute, nicht eine Sache des Gestern und Morgen, eine Sache, deren Kraft sich im Momente entwickelt, eine Sache des Carpe diem! Im Momente lacht die Sonne auf die Kränze, die das Haupt der Glücklichen umwinden, im Momente perlt der Champagner in ihrem Glase — sollten sie nicht besitzen, weil ihnen im nächsten Momente, wie jener Gruppe auf dem erschütternden Fresko des Campo Santo zu Pisa, der Todesengel droht? Nicht in dem Hintergrunde eines ewigen, unvergänglichen Habens kann daher das Charakteristikum des Besitzes liegen, nur in der Tragweite des gegenwärtigen Habens: mögen morgen die Stürme drohen, wenn nur heute die Sonne des Besitzes lacht.

So erklärt sich die possessio am Provinzialgrundstück, so die possessio am ager vectigalis; so der Besitz des Prekaristen, sofern man den Ursprung des Precariums in dem Lehensverhält-

1) Nicht hiergegen spricht das fr. 22 § 1 de nox. act. Denn, wenn hier von dem precario accipiens und dem Pfandgläubiger gesagt ist, non tenetur noxali actione: licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident, so wird damit der Gegensatz zum Eigenthümer und bonae fidei possessor nur deßhalb hervorgehoben, weil gegen die letzteren die Noxalklage gerichtet werden kann, nicht auch gegen die ersteren, fr. 11 eod., c. 21 de furt., Zimmern, das System der römischen Noxalklagen S. 167 fg.

niß der Clienten erblickt, wobei zu bemerken ist, daß das Widerrufsrecht des Lehensherren, selbst wenn dasselbe von Bedeutung gewesen wäre, doch wohl, wie bei allen derartigen Verhältnissen, praktisch in der großen Mehrzahl der Fälle niemals zur Ausübung kam [1]). So erklärt sich auch der Besitz des Nutzpfandgläubigers; denn das Pfandrecht erstreckt sich auf die totale Sachausbeute, und es beschränkt sich nicht auf die Ausbeute der Sache in der einen oder andern zufälligen Form, sondern es ist fähig, der Sache auf allen Stadien ihrer wirthschaftlichen Schicksale zu folgen, vgl. fr. 16 § 2 de pign.: de domo data hypothecae et horto facta, de loco — et domus facta sit, de loco dato deinde vineis in eo positis, vgl. auch fr. 29 § 2 eod.; es beschränkt sich nicht auf die Ausbeute nach dem persönlichen Bedürfniß oder der Erwerbsthätigkeit des Gläubigers, es erstreckt sich vielmehr auf jeden Genuß, der aus den Adern der Sache quillt [2]). Scheinbare Schwierigkeit macht nur der Besitz des sonstigen Faustpfandgläubigers und des Sequesters. Doch ist bei dem bloßen Depositalpfande zu berücksichtigen, daß, wenn auch die normale Funktion der Sache dem Pfandgläubiger nicht gewährt ist, sie auch dem Eigenthümer nicht zukommt, daß die Sache vielmehr funktionslos gelegt und die latente Funktion der Sache dem Pfandgläubiger in Verschluß gegeben ist, von welchem sie der Eigenthümer zurückerbitten muß, wenn er sie miethweise oder precario haben will. Aehnlich verhält es sich mit dem Sequester:

---

1) So ist es mit allen diesen Verhältnissen, die ursprünglich auf Widerruf gestellt und an die Person gebunden sind, aber allmählig, zuerst üsancemäßig, dann auch von Rechts wegen dauernd und erblich werden.

2) In der qualitativen Ausbeute steht der Pfandgläubiger neben dem (resolutiv bedingten) Eigenthümer; aber allerdings auch nur insofern; dies drückt Papinian in fr. 66 pr. de evict. mit wunderbarer Prägnanz folgendermaßen aus: haec (sc. Serviana), etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat.

auch er hat die unterdessen funktionslos gelegte Sache in Verwahr; zwar hat er nicht den aktiven Genuß derselben, aber er trägt die Potenz des Genusses in seinen Händen, nicht nach dem Belieben eines der Deponenten, sondern auch gegen sein Belieben; und der anscheinende Widerspruch zwischen fr. 17 § 1 depositi und fr. 39 de adq. poss. bezieht sich nicht auf die Frage, ob der Sequester besitzt oder nicht, sondern auf die davon völlig verschiedene Frage, ob trotz dieses Besitzes die Ersitzungssituation der Parteien fortdauert oder nicht [1]).

Hiermit ist von selbst erklärt, warum der Usufruktuar keinen Besitz hat; seine Ausbeute ist zwar nicht, wie die des Usuars, auf seinen persönlichen Genuß, wohl aber auf seine direkte oder indirekte Erwerbsthätigkeit beschränkt, und zwar auf seine Erwerbsthätigkeit, sofern sie sich auf den momentanen wirthschaftlichen Charakter des Gutes bezieht [2]). Damit erklärt sich auch der, gewöhnlich nur vorgetragene, aber nicht innerlich begründete, Satz, daß der Usufruktuar die Früchte, nicht, wie Emphyteuta und bonae fidei possessor, mit der Separation, sondern erst mit der Perception erwirbt, fr. 12 § 5 de usufr., fr. 25 § 1 de usur. [3]): es ist eine Erwerbsthätigkeit nöthig, der Erwerb vollzieht sich nicht von selbst; die Losung des Usufruktes ist: „Dein gehört, was du aus der Sache in ihrer gegenwärtigen

---

1) Aus den angeführten Gründen rechne ich mit von Liebe, Besitz als Recht in thesi S. 143, auch den Fall des Schiffers hierher, welcher die Waare gegen indossables Connossement in Empfang genommen hat. Unrichtig Goldschmidt, Handelsrecht I S. 721 fg.

2) Dies übersieht Rüttimann, die Lehre vom Besitz, in der Zeitschr. f. schweizerisches Recht VIII S. 19, wenn er für die moderne Anschauungsweise behauptet, daß es uns „einfacher und natürlicher vorkommt, ihm corporis possessio und nicht juris quasi possessio zuzuschreiben." Richtig wäre dies nur, wenn das entsprechende Institut des modernen Rechts die deutsche Leibzucht, nicht der römische Usufrukt wäre; dies ist aber wohl für die meisten Rechtsgebiete zu bestreiten.

3) Vgl. auch fr. 8 i. f. de annuis leg.

Wirthschaftslage durch deine Kraft oder die Kraft der von dir dazu benützten Personen zu erwerben vermagst." Damit erklärt sich das Erlöschen des Usussfrukts durch Tod und durch substantiae mutatio — neue Sache, neue Kräfte, neue Erwartungen, neue Genußthätigkeit, die alte und nur sie ist der Erwerbsthätigkeit des Usufruktuars unterstellt [1]).

Daß aber Miether und Pächter, sofern dieselben nicht den Charakter von Superficiaren oder Emphyteutä oder ähnlichen dauernden Genußberechtigten annehmen, keinen Besitz haben, ist mit der römischen Auffassung der locatio conductio von selbst erklärt. Denn nach dieser römischen Auffassung hat der conductor zwar die Sache im Gebrauch und Genuß, aber nur insofern und insoweit, als ihm dieselbe von dem locator geboten wird, insofern und insoweit, als ihm der locator die Genußsituation gewährt; derselbe ist zwar verpflichtet, ihm dieselbe zu gewähren: wenn er es nicht thut, ist es ein Vertragsbruch, aber es entzieht dem Andern die Genußsituation und macht dessen Genuß zu einem unberechtigten [2]). Die strenge Consequenz hiervon wäre es, daß der conductor jederzeit von dem locator vertrieben werden könnte, vorbehaltlich der Entschädigungspflicht; und bezüglich des Fruchtgenusses ist die Consequenz noch bis in das neueste Recht geblieben, mindestens insofern, als der Pächter

1) Anders die deutsche Leibzucht, welche ein vollständiges Genußrecht während der Lebzeit des Berechtigten bietet; daher ist auch die Leibzuchtsgewere eine vollständige possessio und schließt den Besitz des Eigenthümers aus, vgl. Stobbe, Gewere (in Ersch und Gruber) S. 454, Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 164 und krit. Viertelj.schrift XV S. 401, Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher S. 111, v. Martitz, das eheliche Güterrecht des Sachsensp. S. 193 fg.

2) Dies scheint auch v. Liebe a. a. O. S. 14 sagen zu wollen, wenn er im Gegensatz dazu von dem Pfandgläubiger, Sequester u. s. w. erklärt, daß „sie sich nicht einem lebendigen sich selbst bestimmenden Willen unterworfen haben, sondern nur einem Rechte in hypothesi." Vgl. auch ib. S. 24.



mit dem Momente aufhört, durch Perception Eigenthümer der Früchte zu werden, in welchem der locator ihm die Fruchtziehung untersagt, den Fruchterwerb inhibirt: sein Fruchterwerb geschieht kraft des continuellen Traditionswillens des Verpächters, und mit dem Momente, wo dieser Traditionswille cessirt, cessirt auch der Fruchterwerb, Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 19. In sonstiger Beziehung hat das röm. Recht durch ein Mittel abgeholfen, welches schon in den blühendsten Zeiten der Geldcondemnation ein mächtiger Hebel der zwangsweisen Naturalerfüllung gewesen ist, durch das Mittel der exceptio doli. Ebenso wie die exceptio doli als exceptio non adimpleti contractus den Kläger solange mit seinem Anspruch auf Erfüllung zurückwarf, als er nicht seinerseits wirklich und naturaliter erfüllte, ebenso konnte sie den locator mit seinem Begehren auf Ablassung vom Genusse, auf Räumung der Sache zurückwerfen, wenn er noch seinerseits verpflichtet war, den Weitergenuß der Sache zu gewähren; sie konnte es, wenn auch die Klage des conductor nicht zur Naturalexecution, sondern nur zur Geldcondemnation und Geldexecution geführt hätte: die exceptio doli war ein Pfahl, in das Fleisch der Geldcondemnation hineingetrieben, welcher hauptsächlich dazu beitragen mußte, das System der Geldcondemnation zu sprengen. Dies ist der übersehene Punkt in der sonst mit wuchtiger Kraft geführten Angriffsoperation von Ziebarth, Realexecution und Obligation S. 16 fg. Daß nun aber trotzdem die Auffassung des Sachgenusses keine andere geworden ist, obgleich der Miether sich gegen die Austreibung durch die Berufung auf die Pflicht der Genußgestattung wehren kann, ist begreiflich; denn der Umstand, daß die Berufung auf die Verpflichtung zur Genußgewährung diese Gestalt annimmt, hindert es in keiner Weise, daß der conductor nur den ihm vom locator (freiwillig oder gezwungen) dargebotenen Genuß, nur die ihm vom Vermiether und Ver-

pächter von Moment zu Moment gewährte Genußsituation für sich hat; sein Genuß steht in solcher Abhängigkeit, obgleich der locator verpflichtet ist zu dieser Gewährung und obgleich diese Gewährung in der soeben gezeigten Weise realiter erzwungen werden kann. Daher besitzt der conductor natürlich nicht, er nimmt nur das, was ihm der locator gibt; er besitzt ebenso wenig, als derjenige, welcher den Kelch leert, den ihm ein Anderer an die Lippen hält.

Ist aber damit das Wesen des animus possidendi enthüllt, so zeigt sich uns sofort wieder die frappante Analogie zu dem entsprechenden deutschrechtlichen Institute, welches gleichfalls erst vor kurzem aus dem düsteren Nebel, in welchem es seither schwebte, in die lichte Tageshelle gerückt worden ist; ich meine die Analogie zu der Gewere. Die Gewere ist Besitz und nur Besitz, das ist das Ergebniß der neueren Forschungen auf diesem Gebiete. Aber allerdings, wie im römischen Rechte zu unterscheiden ist zwischen der possessio als dem faktischen Besitz und zwischen dem jus possessionis, d. h. nicht dem Recht auf Besitz, sondern dem Rechte des Besitzes, dem Inbegriff der mit dem terminus Besitz oder Besitzrecht bezeichneten Rechtsbefugnisse: so ist auch im deutschen Rechte zwischen der Gewere als dem faktischen Haben und der Gewere als dem Complex der Gewerebefugnisse zu unterscheiden; namentlich deßhalb, weil beides nicht immer zusammenfällt. Wie das römische Recht, namentlich was den Besitz an Grundstücken betrifft, häufig das jus possessionis versagt, obgleich der faktische Besitz vorhanden ist, und das jus possessionis gibt, obgleich der faktische Besitz nicht vorhanden ist, so gibt es auch im deutschen Rechte Fälle, wo das Recht der Gewere gegeben ist, obgleich das faktische Haben fehlt und umgekehrt: das ist nicht etwa eine Besonderheit des deutschen Rechts, ein mißlicher, unlösbarer Rückstand, welcher bei der Analyse des Institutes übrig bleibt, sondern es ist dies eine

Erscheinung, welche fast allerorts wiederkehrt, weil sich die Rechtsordnung veranlaßt sieht, bei Ertheilung der rechtlichen Besitzvortheile mannigfach von der faktischen possessio abzuweichen. Ich erinnere nur an den römischen Satz, daß der Besitz an Immobilien erst verloren wird, wenn der Besitzer von der Besitzergreifung des Andern hört und sich dabei beruhigt, fr. 3 § 7 und 8, fr. 7, fr. 18 § 3, fr. 25 § 2, fr. 46 de adq. poss.[1]), so daß Monate und Jahre lang Jemand noch die Besitzesvortheile genießt, obgleich er faktisch nicht Besitzer ist, während der Occupant allerdings einen relativen Besitzschutz gegen Dritte, nicht aber gegen den seitherigen Besitzer genießt, Bruns, Besitzklagen S. 142 fg., Randa, der Besitz S. 502 fg.; ich erinnere nur an die Thatsache, daß noch im klassischen röm. Rechte dem interdictum unde vi (abgesehen von der vis armata) die exceptio vitiosae possessionis entgegengehalten werden konnte, so daß es damals hieß: qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune dejici potest, Gajus IV 154, qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur, Paulli S. rec. V 6 § 7, Lex agraria (a. 643) l. 18, cf. § 6 J. de interd. — so daß also der vi aut clam possidens, selbst wenn er in das Stadium getreten war, daß er gegenüber dem seitherigen Besitzer wirklich besaß, gegen die gewöhnliche, nicht bewaffnete Dejektion desselben keinen Schutz genoß; ich erinnere an die exceptio vitiosae possessionis gegenüber dem interdictum uti possidetis, welche den vi aut clam possidens jeder Störung und Belästigung des frühern Besitzers schutzlos preisgibt; und noch weiter würde es gehen, wenn die Lehre von der recuperatorischen Function dieser exceptio ihre Richtigkeit

1) Ausgenommen im Fall des fr. 44 § 2 de adq. possess. (sofern diese Ausnahme nicht durch c. 12 de adq. poss. als aufgehoben zu betrachten ist). Vgl. v. Liebe, Besitz als Recht in thesi S. 169, Bruns, Besitzklagen S. 113 fg.

hätte, vgl. z. B. Bruns, Recht des Besitzes S. 58 fg., Krüger, kritische Versuche S. 93 fg., was ich allerdings bestreite; ich erinnere endlich an die merkwürdige Gestaltung des interdictum utrubi, bei welchem es nicht auf den momentanen Besitz, sondern auf den längeren Besitz im letzten Jahre ankam. Bei dieser Sachlage ist es leicht erklärlich, wie frühere römische Juristen zu der Ansicht gelangten, daß der Dejektus gegenüber dem Dejicienten fortbesitze, was wieder zu einem Doppelbesitze — des Dejektus gegenüber dem Dejicienten und des Dejicienten gegenüber Dritten führte, vgl. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 113 —; war doch dies im Grunde genommen das nämliche, was das Recht schließlich bezüglich der clandestina possessio an Grundstücken angenommen hat, wenn auch die römischen Juristen sich hierüber nicht klar geworden sind [1]). Und sehr erklärlich ist es nun, wenn das deutsche Recht, welchem eine solche Selbstständigkeit der Proceßactionen, wie dem römischen Rechte, fremd war, schlank und frei bei dem Satze blieb, daß der Dejicirte nicht aufhöre, juristischer Besitzer zu sein, d. h. die Besitzvortheile zu genießen, welche die Rechtsordnung bietet, — sofern nicht über die Dejection bereits Jahr und Tag verstrichen sind und der Dejicirte sich verschwiegen hat, Heusler, Gewere S. 209. 269 fg., vgl. insbesondere Richtst. LehnR. c. 29 § 3 [2]); wobei sich übrigens das deutsche Recht natürlich nicht verhehlen konnte, daß diese Gewere des Dejicirten nur eine relative ist und nur eine Anzahl, nicht die Gesammtheit der Besitzrechte repräsentirt, wie dies Laband, krit. Vierteljschr. XV S. 411 fg., richtig hervorgehoben hat. Und wenn wir ferner beachten, wie das römische Recht mindestens bezüglich der usucapio von dem

1) Denn bei der clandestina possessio hat der Occupant Besitzrechte gegen Dritte, wenn er auch gegenüber dem seitherigen Besitzer als Nichtbesitzer gilt, Bruns, Besitzklagen S. 144, Randa S. 503.

2) Vgl. auch Haiß, Traditio und Investitura S. 130.

Besitze des Erblassers zum Besitze des Erben eine Brücke gebaut hat [1]), so können wir uns nicht wundern, wenn das deutsche Recht den Besitz d. h. die Besitzvortheile, das jus possessionis, unmittelbar auf den Erben übergehen läßt, le mort saisit le vif, Sächs. Lehnrecht a. 6 § 1, a. 26 § 9, so daß der Erbe den Besitz des Verstorbenen solange fortsetzt, bis er desselben nach den gewöhnlichen Regeln verlustig geht, Heusler S. 172 fg., Simonnet, histoire et théorie de la saisine héréditaire p. 62 fg. [2]) Und was endlich den Fall der symbolischen Investitur betrifft, Sohm in den Festgaben für Thöl S. 85 fg., Brunner in Goldschm. Zeitschr. XXII S. 527 fg. 540 und: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde S. 112 fg. 185 fg., 275 fg., 302 fg., vgl. auch Bewer, Sala, Traditio, Vestitura S. 79, so scheint mir, insoweit das bis jetzt beigebrachte Urkundenmaterial einen Schluß zuläßt, dieses das richtige zu sein: daß hier nicht ein symbolischer Besitzeserwerb, sondern ein Eigenthumserwerb ohne Besitzeserwerb vorliegt, so daß diese symbolische Investitur eine besondere Form des Eigenthumsübertragungsaktes repräsentirt, welche eben bezüglich der eigenthumsübertragenden Funktion die Besitzübergabe ersetzt; ganz ähnlich wie es bei der hieraus hervorgewachsenen symbolischen

---

1) Vgl. fr. 30 pr. ex quib. caus. maj., fr. 6 § 2 pro empt., fr. 20 de usurp., fr. 30 § 5 de adq. poss. Es wird sich sagen lassen, daß nach röm. Rechte das jus possessionis auf die Erbschaft übergeht, aber von dem Erben nicht mit der Erbantretung erworben wird, sondern erst mit der Besitzergreifung, fr. 30 § 5 cit., fr. 23 pr. de adq. poss., Zrodlowski, Untersuchungen aus dem Oesterreich. Civilrecht S. 65 fg., — wohl ein Ueberrest aus der Zeit der pro herede usucapio. Ob aber nicht mindestens dem suus heres das jus possessionis von selbst erworben wird? Dies behauptet Dubois in der Nouv. revue hist. de droit franç. et étranger 1880 p. 427 fg., auf Grund von Gajus II 58, III 201, c. 2 de usuc. pro herede. Damit wäre die Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte hergestellt.

2) Vgl. auch Cosack, der Besitz des Erben S. 33 fg.

Tradition der späteren Zeit und mit dem hieraus entsprungenen formlosen dinglichen Vertrag des französischen Rechts der Fall ist[1]); womit natürlich nicht im Widerspruch steht, daß in dem symbolischen Investiturakt zugleich die Gestattung der Besitzergreifung enthalten ist, so daß die darauf folgende Besitznahme von Seiten des Erwerbers als eine Besitznahme mit Zustimmung des Veräußerers gilt; so erklärt sich Sächs. Lehnrecht a. 10 § 4, vgl. mit a. 39 § 1 und 3[2]) u. a., ohne daß es nöthig wird, mit Sohm a. a. O. S. 109 fg. ein constitutum possessorium mit eigenartiger, relativ beschränkter Wirkung anzunehmen. Dies ergeben auch die Urkunden; z. B. Urk. v. 759 bei Kemble, Codex diplomaticus aevi Saxonici I nr. 104 p. 126: earundem supradictarum cespites pro ampliori firmitate evangelium superposui, ita ut ab hac die tenendi, habendi, possidendi, in omnibus liberam et firmam habeat potestatem —.

So ist daher die deutsche Gewere Besitz, ebenso wie die römische possessio, nur daß hier, wie im römischen Recht, „Besitz" als der Zustand des faktischen Habens und „Besitz" als der mit dem jus possessionis ausgestattete Zustand auseinanderzuhalten ist; nicht immer ist mit dem faktischen Besitz das jus possessionis verbunden, und nicht immer ist, wo jus possessionis vorhanden ist, auch faktischer Besitz vorhanden; obgleich die römischen wie die deutschen Quellen die Worte possessio und Gewere in diesem Doppelsinne gebrauchen und dadurch schon manches Unheil angestiftet haben; vgl. für das röm. Recht die Nachweise bei Bekker, Recht des Besitzes S. 333 fg., und

---

1) Vgl. Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 154 fg. 174 fg., meine Abhandlung über den dinglichen Vertrag, in den bad. Annalen 1874 S. 232 fg. Vgl. auch schon Michelsen, festuca notata S. 25 fg.

2) Vgl. auch Heusler, Gewere S. 197 fg. Ich glaube, daß sich die dort behandelte Schwierigkeit am besten auf diesem Wege löst.

bezüglich des deutschen Rechts z. B. Sächs. Lehnrecht a. 11 § 1: al darve he der gewere (der Dejicirte), wo gewere im faktischen Sinne, und Schwäbisches Lehnrecht a. 96: Svem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen, wo das Wort gar in beiden Bedeutungen gebraucht ist, vgl. Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 186.

Und wenn selbst noch Heusler einen fundamentalen Unterschied zwischen dem römischen und deutschen Besitze in dem römischen animus domini findet, Gewere S. 60 fg. 459 fg., so beruht dies auf jenem verbreiteten Mißverständniß dieses animus domini, das im obigen seine Berichtigung gefunden hat; und wenn Heusler von dem wohlgefügten Bau der römischen Besitzlehre spricht, so ist es zwar richtig, daß auch in dieser Materie das römische Recht eine kräftigere, reflektirtere Geistesarbeit aufweist, als das mehr instinktiv tastende deutsche Recht; daß aber die Römer gerade in der Besitzlehre besonders glücklich gewesen sind, werden wohl heutzutage wenige Romanisten mehr annehmen, wenn man auch Anstand tragen muß, den völlig negativen Resultaten Meischeiders und Bekkers beizutreten. Ein weiterer Punkt, worin man ein Hauptkriterium der römischen und deutschen Besitzlehre erblickte, kann heutzutage ebenfalls als überwunden gelten. Wenn die seitherige Doctrin in dem römischen Besitze das locale Moment hervorhob, in dem besitzmäßigen Haben das locale Zusammensein mit der Sache, bezw. die Möglichkeit sofortiger Reproduktion dieses Zusammenseins, betonte, so kann es m. E. seit Ihering's kräftiger Gegenaction nicht mehr bezweifelt werden, daß nicht das locale Nahesein, sondern das wirthschaftliche Sichbeschäftigen mit der Sache, die äußere Manifestation des wirthschaftlichen Interesses an der Sache das Entscheidende ist: denn dies ist m. E. der Kern der Iheringschen Lehre, dies die richtige Abstraction aus dem: omnia ut dominum gessisse; nur so erklärt sich die Uebertragung

des Besitzbegriffs auf immaterielle Güter, auf solche Güter, bei welchen von einer localen Nähe keine Rede sein kann, vgl. mein Autorrecht S. 301. Gerade mit dieser Charakteristik stimmt aber das deutsche Recht der Gewere völlig überein, und dies ist eine der glänzendsten Bestätigungen der Jhering'schen Theorie: denn das Charakteristische der Gewere ist das Nießen, das Brauchen, das upboren des Gutes, es ist die normale wirthschaftliche Behandlung der Sache; die Gewere ist eine nutzliche, brukliche Gewere; die Gewere hat, wer das Gut in Nutz und Gelde hat, vgl. die Stellen bei Stobbe, Gewere, in Ersch und Grubers Encyclopädie S. 450 fg., Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 160, Heusler, Gewere S. 115 fg.; und wenn Laband S. 164 erklärt, daß das deutsche Recht keinen Besitz kenne, der blos animo ausgeübt oder fortgesetzt werden könne, so ist zu sagen, daß auch das wirkliche römische Recht einen solchen Besitz, dessen äußerliche Thatsächlichkeit lediglich auf der Möglichkeit der Reproduktion der Besitzhandlungen beruht, nicht kennt: ein solcher Besitz ohne Besitz, ein solches Gespenst ohne Körper spukt nur in der Savigny'schen Besitzlehre; in der That ist auch im röm. Rechte der Besitz verloren, sobald die Sache nicht mehr in demjenigen Verhältnisse zum Besitzer steht, welches die normale wirthschaftliche Benützung derselben erheischt, sobald sie „in eine Lage gerathen ist, welche sich mit der regulären Art und Form, wie der Eigenthümer sich derselben zu bedienen pflegt, nicht verträgt" (Jhering, Grund des Besitzesschutzes S. 209).

Stimmt daher die deutsche Gewere in Grund und Wesen mit der römischen possessio überein, in dem Maße, daß sie selbst manche Irrungen der Doctrin mit ihr theilt, so sind die Unterschiede römischer und germanischer Besitzeslehre, wie die Unterschiede deutscher und römischer Rechtskultur überhaupt, secundärer Art; es sind Variationen über dasselbe Thema, aller-

dings Variationen, welche vollkommen die Eigenart des bezüglichen Volkscharakters und der bezüglichen Wirthschaftsperiode manifestiren. Das röm. Recht geht von einer geringen Anzahl rechtlicher Typen aus, welchen es die schärfste Ausprägung gibt; an diese Typen heftet sich die praktische Rechtsverwirklichung, an sie die theoretische Doctrin, an sie die römische Energie der juristischen Speculation; so ist das Recht sich selbst bewußt geworden, so ist die Jurisprudenz zur Reflexion und zur reflectirten Weiterentwicklung des Rechts gelangt. Daher kannte das römische Recht lange Zeit nur eine Art des Besitzes, die vollkommene possessio, den auf die Totalität der Ausbeutekraft der Sache gerichteten Besitz; und bezüglich der Servitut und des usus servitutis behalf man sich, so gut und so schlecht es ging [1]). Erst eine fernere Entwicklung erklärte den usus juris für eine quasi possessio, eine possessio juris, vgl. fr. 20 de servit., fr. 2 § 3 de prec., Gajus IV 139: de possessione aut quasi possessione, vgl. Randa S. 528. Ganz anders das deutsche Recht: es überschüttete sich sofort mit einer Unzahl von Varietäten der Gewere: Eigengewere, Lehensgewere, Leibzuchtsgewere, sodann Gewere an immateriellen Dingen, an Zehnten, Zöllen, Vogteien, Hoheitsrechten u. s. w., ohne daß man zwischen possessio und quasi possessio schied, ohne daß man auch nur eines dieser Institute zur bewußten, freien, reflektirten Entwicklung brachte. In der That ist nun auch die s. g. quasi possessio des Usufruktuars, des Servitutenberechtigten von der possessio, dem Sachbesitz, nicht principiell geschieden, wie dies die moderne romanistische Doctrin behauptet; die quasi possessio von Usufrukt und Servitut ist kein „Rechtsbesitz", kein Besitz des Rechts, sondern Sachbesitz, wie die possessio, nur unvollkommener Sachbesitz: ebenso wie Usufrukt und Servitutenrecht

1) Vergl. noch Labeo in fr. 20 de servit., ja selbst noch Paulus in fr. 14 pr. de servit.; hierüber Francke, Civ. Abhandl. S. 160. 169.

keine Rechte am Recht, sondern Rechte an der Sache, aber beschränkte Rechte an der Sache sind: die quasi possessio ist Besitz der Sache nicht nach der Gesammtheit, sondern nur nach einer gewissen Richtung ihrer wirthschaftlichen Beziehungen [1]). Daß an der Sache ein solcher unvollkommener Besitz neben dem vollkommenen möglich ist, kann ebensowenig befremden, als daß ein jus in re neben dem Eigenthum bestehen kann; eine possessio mit dem wirthschaftlichen Gehalt, welcher dem Usus-frukte entspricht, ist neben der Totalpossessio ebenso möglich, wie der Usus frukt neben dem Eigenthum. Hiervon verschieden ist der Besitz an immateriellen Gütern, welcher ebenso ein vollkommener wie ein unvollkommener sein kann und uns hier nicht weiter berührt. Das deutsche Recht ist daher insofern im Rechte, als es die principielle Einheit der Total- und Partialgewere betont; das römische Recht insofern, als es den Unterschied beider betont; nur daß diese Gleichstellung weder soweit getrieben werden kann, wie im deutschen, noch der Unterschied soweit ausgesponnen werden darf, wie im römischen Recht. Jedenfalls hat uns das deutsche Recht mit einer großen Anzahl neuer Besitzvarietäten bekannt gemacht, während das römische Recht uns zuerst eine reflektirte Entwicklung, wenn auch in beschränkter Sphäre, gewährte; so hier, wie bei vielen andern Instituten: dies ist m. E. der Punkt, wo deutsches und römisches Recht in der heutigen Civilistik sich zu begegnen haben, um zusammen zu wirken, um sich fruchtbar zu durchdringen. Meiner Ueberzeugung nach ist in dem deutschen Recht eine Unzahl fruchtbarer Keime verborgen, welche der heutige Civilist mit seinen romanistischen Hülfsmitteln zur reifsten Frucht zu bringen vermag: das Material des deutschen Rechts ist nicht nur für die Rechtshistorik, sondern auch für die Rechtsdogma-

1) So richtig auch Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 384 fg.; vgl. auch Mandry, Arch. f. civ. Pr. B. 63 S. 22 fg.

tik verwerthbar; und die vorliegende Arbeit ist von dem Bestreben getragen, diese gegenseitige Befruchtung zweier verschiedener Zweige des Civilrechts hiermit anzubahnen.

Ist nun aber die possessio des Nutzpfandgläubigers aus der Totalität seiner Ausbeutungsbefugniß erklärt, so ist damit umgekehrt eine Norm für die zweifelhaften Fragen des Ausbeuterechtes gefunden. Nachdem erklärt worden ist, warum der Usufruktuar und Usuar ihre Früchte erst durch Perception erwerben [1]), versteht es sich von selbst, daß der Pfandgläubiger, ebenso wie der b. f. possessor und der Emphyteuta, ihrer schon mit der Separation Herr wird; und daß die Stellen, welche von der Fruchtperception sprechen, wie c. 1 und 3 de act. pign. (fructus quos percepit vel percipere debuit) oder fr. 39 de pign. act., auf welche sich Dernburg II S. 71 für das Gegentheil beruft, nichts dagegen beweisen, ergibt sich aus ihnen von selbst; denn nirgends ist gesagt, daß der Eigenthumserwerb der Früchte von der Perception abhänge, wohl aber erklärt es sich aus dem Zusammenhange der Stellen genügend, warum sie von capere, percipere sprechen, da dem Nutzpfandgläubiger nicht nothwendig alle Früchte auf Zins und Kapital aufzurechnen sind, sondern nur diejenigen, quos percepit aut percipere potuit et debuit. Es liegt daher eine richtige Idee zu Grunde, wenn Bachofen, das römische Pfandrecht S. 141 fg., den Fruchterwerb des Pfandgläubigers auf bonae fidei possessio baut; nur darf man eben nicht die bonae fidei possessio im eigentlichen Sinne als die Grundlage des Fruchterwerbs heranziehen, sondern man muß sagen: es ist ein dem bonitarischen Genußrechte und insbesondre dem bonitarischen Genußrechte des bonae fidei possessor (Brinz, zum Recht der

1) Für den Usuar nimmt Bechmann, über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus S. 62, gar erst Eigenthumserwerb mit der Consumtion an; doch scheinen mir seine Gründe nicht überzeugend.

bonae fidei possessio S. 76 fg. und Pandekten S. 534) analoges Genußrecht, dessen Analogie namentlich darin besteht, daß es, wie dieses, eine Totalität des Genusses bietet, so daß auch der ihm entsprechende Besitz ein Totalbesitz, eine volle possessio, keine quasi possessio ist. Das Genußrecht gleicht dem des b. f. possessor, wie es dem des possessor am ager vectigalis und am Provinzialboden gleicht, worüber zu vgl. fr. 25 § 1 de usur., und dazu Göppert, organische Erzeugnisse S. 317.

Hiernach erstreckt sich das Genußrecht des Pfandgläubigers auf die gesammte Sachausbeute, mag sie aus ordentlichen oder außerordentlichen Hülfsmitteln hervorgehen, soweit nur die Sachsubstanz keine erhebliche Deteriorirung erfährt, ganz ähnlich wie das Genußrecht des Emphyteuta, vgl. auch Paul Pont, Petits contrats II nr. 1240; es erstreckt sich auch auf das Nachbargut, insoweit, als dasselbe dem verpfändeten Grundstück dient: es erstreckt sich, wie man zu sagen pflegt, auf die der verpfändeten Sache dienenden Servituten, vergl. fr. 9 de O. N. N. und andere Stellen, welche im Folgenden zu erwähnen sind: denn die Servituten sind dazu da, die Zwecke des servitutenberechtigten Grundstücks zu erfüllen, und das Grundstück mit diesen Zwecken ist Gegenstand des Pfandrechts. Nicht aber erstreckt sich dasselbe auf die dem Eigenthümer zukommende Schatzhälfte; denn diese gilt nicht als Sachausbeute, sondern als ein, auf besonderer gesetzlicher Anordnung beruhender, Zufallsgewinn, als Huldigung, welche die Rechtordnung dem Eigenthum, aber eben nur dem Eigenthum, darbringt, Dernburg, Pfandrecht I S. 437; ebensowenig auf den alveus derelictus und die insula in flumine nata, deren Zuweisung an den Eigenthümer gleichfalls auf besondern Principien der Eigenthumsordnung beruht, nicht etwa auf einer gesteigerten Ausbeutekraft des Nachbargutes. Auch nicht einmal eine Erstreckung des Pfandrechts auf diesen Neuerwerb kann angenommen werden; denn ebenso

wie das neu erworbene Eigenthum ein neues Recht ist, ebenso wäre das Pfandrecht an diesen Neugütern ein neues Pfandrecht, und ein solches würde durch den Pfandvertrag nur dann begründet, wenn darin auch eine Verpfändung solcher künftiger Neugüter mitenthalten, wenn darin auf solche künftige Güter Bezug genommen wäre, vgl. mein Autorrecht S. 314, meine Abhandlung in der krit. Vierteljschr. N. F. II S. 203 fg., und in der Neuen Zeit 1879 Beilage zu Nr. 44, vgl. fr. 9 § 4 de usufr.

Mit diesem ausgedehnten Genußrechte scheint nun eine Bestimmung der römischen Quellen in schneidendem Widerspruch zu stehen, die Bestimmung nämlich, daß der Pfandgläubiger durch den verpfändeten Sclaven nichts erwerben kann, selbst nicht in dem Maße des bonae fidei possessor oder des Usufruktuars: selbst nicht insofern, als der Sclave ex re creditoris oder ex operis erwirbt; ja selbst nicht einmal in dem noch beschränkteren Maße des Usuars, fr. 14 pr., fr. 20 de usu [1]); wie dies in gar nicht mißzuverstehender Weise ausgesprochen wird in fr. 37 pr. de adq. dom.: per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione nec traditione nec ullo alio modo per eum servum quicquam ei adquiritur, quamvis possessio penes eum sit, ähnlich fr. 1 § 15 de adq. poss.; und diese römische Entscheidung geht auf einen Juristen von der Bedeutung Julians zurück. Wenn Dernburg II S. 71 diesen Satz mit seiner Theorie zusammenstellt, daß der Pfandgläubiger die Früchte erst durch Perception erwerbe, so ist dies unhaltbar, da ja gerade der auf den Perceptionserwerb beschränkte Usufruktuar durch den Usufruktsclaven das erwirbt, was dieser ex re sua oder ex operis erlangt, Gajus II 91. 92, wie dies auch von Göppert S. 390 richtig bemerkt worden ist; ja, allem Anscheine nach, ist

1) Vgl. Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 615, Bechmann a. a. O. S. 81.

die Behandlung des Usufruktuars gerade das Prototyp für die entsprechende Behandlung des bonae fidei possessor gewesen. Bei dem bloßen Depositalpfand hätte die Sache nichts befremdendes; und es läge nahe, die Entscheidung Julians auf den Fall des Depositalpfandes zu beschränken. Doch hätte eine solche Beschränkung in den Stellen keinen Anhalt, und sie würde den thatsächlichen Verhältnissen zuwiderlaufen; denn wo in aller Welt wird es der regelmäßige Fall gewesen sein, einen Pfandsclaven einzusperren und zu atzen, ohne seine Kräfte in irgend einer Weise zu verwerthen? Die Römer waren zwar nicht sparsam an Menschenkräften, sie benutzten sie zu den wunderlichsten Schaustellungen und Belustigungen, zu großen und kleinen, lauteren und unlauteren Diensten, aber sie b e n u t z t e n sie: ihre Sclavenwirthschaft war eine verschwenderische, aber sie war doch eine Wirthschaft; dem Luxus der Menschenkräfte entsprach ein Luxus der Bedürfnisse. Bei diesem Sachverhalte fällt auch ein Umstand ins Gewicht, der an sich nicht entscheidend wäre: daß von den vielen Stellen, welche den Sclavenerwerb erörtern, keine einzige den Erwerb des nutzweise verpfändeten Sclaven erwähnt, während doch die n u t z b a r e Verpfändung ein Hauptfall der Sclavenverpfändung gewesen sein muß; und daß die Verpfändung von Sclaven nicht gerade selten war, ergibt sich aus der wiederholten Erwähnung derselben in den Quellen, vgl. z. B. fr. 14 § 6, fr. 62 (61) § 1 und 3 de furt., fr. 3 § 12 ad exhib., fr. 22 § 1, fr. 36 de nox. act., c. 2 de act. pign., c. 2 de partu pign. (8, 24 (25)).

Indeß läßt diese Erscheinung eine genügende kulturelle und juristische Erklärung zu. Der Ausschluß des Sclavenerwerbs will nicht besagen, daß der dominus aus der Thätigkeit des Sclaven nichts gewann; im Gegentheil, er konnte den Sclaven in seiner Haus- wie Feldwirthschaft verwerthen, ihn als Aufwärter verwenden, wie in seine Tretmühle schicken, er konnte seine

Dienste auch einem Dritten miethweise gegen Gegenleistung überlassen und den Gebrauchsnutzen in Tauschnutzen umsetzen; von solchem Sclavenerwerb sprechen die citirten c. 2 de pign. act. und c. 2 de partu pign. Ausgeschlossen war nur der Erwerb durch Rechtsgeschäft. Wer nun die Organisation der Sclavenschaften in der römischen Privatwirthschaft kennt, wer weiß, welchen Vorzug man dem im eigenen Hause „gezüchteten" Sclaven, dem verna, dem vernaculus, gegenüber dem neuangekommenen Gelichter beizumessen pflegte [1]), der wird sofort einsehen, daß der römische Hausvater oder Sclavenmeister einen solchen vorübergehend verpfändeten Taugenichts nicht zum Gutsmeier oder Banquiersclaven, nicht einmal zum Markteinkäufer oder Briefträger verwendete, daß er ihm keine solche Stellungen anwies, in welchen er Rechtsgeschäfte abzuschließen hatte und, dem entsprechend, der Träger eines besonderen Vertrauens gewesen wäre. Da nun aber der Eigenthumserwerb aus Sclavengeschäften sich in der römischen Jurisprudenz im Anschluß an die Gewohnheiten des Verkehrs entwickelte, so ist es begreiflich, wie man dazu gekommen ist, dem Pfandsclaven nicht dieselbe juristische Erwerbskraft beizumessen, wie dem Usufruktsclaven oder dem bona fide possessus, und es ist begreiflich, wie der scharfe und präcise Julian in seiner strengabschließenden Weise diese Anschauung ein und für allemal besiegelte. Denn bei Usufruktsclaven, welche ein reicher Testator seinem Liebling centurienweise legiren mochte, — so daß der Legatar in die ganze Haus- und Geschäftswirthschaft des Testators eintrat, und seinen paedagogus, seinen Lustknaben, seinen Tänzer, seine Musikkapelle ebenso erwarb, wie seinen Gutsmeier, seinen Hand-

1) Vgl. Corn. Nep., Att. c. 13, Tacitus, ann. XIV c. 44, Marquardt, das Privatleben der Römer I S. 154, 164, Wallon, histoire de l'esclavage dans l'antiquité II p. 19.

lungsfaktor und seinen Schiffskapitän, — da waren die Verhältnisse offensichtlich ganz anders gelagert.

Ich sprach soeben von vorübergehend verpfändeten Sclaven; sollte nun aber der Fall weitaussehender Verpfändungen, der Fall der Verpfändung ganzer Sclavenfamilien, der Fall der Verpfändung von Wirthschaftsgütern mit dem gesammten Sclavenapparat nicht vorgekommen sein? Sollte es nicht vorgekommen sein, daß solche „Pfandschaften", wie im deutschen Rechte, Jahre, ja Jahrzehnte lang anhielten und zu dauernden Verhältnissen sich gestalteten? Hier hätten nun trotz allem die entwickelten Grundsätze über den Sclavenerwerb nicht ausgereicht. Allein es ist offensichtlich, daß man eines weiteren nicht bedurfte, da die Parteien in einem solchen Falle zu dem, gerade hier besonders praktischen und dem Gläubiger vortheilhaften, Institut der fiducia zu greifen pflegten, welches dem Gläubiger den vollen Sclavenerwerb sicherte, in dem Maße, daß es gar keiner juristischen Nachforschung, aus welcher Quelle der Erwerb floß, bedurfte: Paulli Sent. rec. II 13 § 2: Quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit; vgl. auch Ubbelohde, zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 88. Findet sich doch auch in dem bätischen Fiduciarschema neben der Fiduciirung des fundus Baianus die Fiduciirung des homo Midas erwähnt [1]); und wenn bei der nutzweisen Verpfändung von Grundstücken in Italien die fiducia so sehr üblich war, daß die Worte fiducia, fiduciare, offiduciare u. s. w. zur generischen Bezeichnung für Verpfändung überhaupt herangewachsen sind, so wird auch die Verpfändung von Sclaven durch fiducia, namentlich wenn sie als Inventar eines Grundstücks, eines Handelshauses mit verpfändet wurden, die vorwiegend gebräuchliche gewesen sein.

1) Vgl. auch Paulli S. rec. V 1 § 1 bezüglich der freien filii: nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt — —.



Dafür bietet sich aber noch außerdem ein eclatanter Beweis dar. Bekanntlich galt für den kriegsgefangenen Sclaven das jus postliminii; wurde er aber von einem Dritten losgekauft, so war er dem Loskäufer verpfändet bis zur Einlösung, vgl. Bachofen, Pfandrecht S. 276 fg. Es wäre nun nichts einfacher gewesen, als dem Loskäufer ein pignus an dem Sclaven zu gewähren, welches mit dem, jure postliminii wieder erweckten, Eigenthum des frühern Eigenthümers concurrirte. Nicht so die Römer: sie kleideten das Pfandrecht des Loskäufers in die Gestalt des Eigenthums: protinus est redimentis, fr. 12 § 7 de captiv., eines Eigenthums, welches allerdings mit dem Moment der Einlösung dem jus postliminii erlag; was zu sehr bedenklichen Conflikten geführt hat, die bei Tryphonin fr. 12 § 8 fg. de capt. nachzulesen sind. So sehr waren die Römer gewohnt, sich das Pfandrecht des Sclaven in der Gestalt des zeitweisen Eigenthums zu denken!

Wenn übrigens die Römer bezüglich des per pignus verpfändeten Sclaven annahmen, daß er während der Pfandzeit auch dem Eigenthümer durch Rechtsgeschäfte nichts erwerben könne, fr. 1 § 15 de adq. poss.: per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem) — —, so ist dies einmal eine Reminiscenz an das veraltete Princip, daß man nur durch solche Untergebene Besitz erwerben könne, welche man selbst besitzt, eines Principes, das noch in verschiedenen Wendungen zurückgeblieben ist, vgl. Gajus II 90. 94, fr. 1 § 14, fr. 50 § 1 de adq. poss., vgl. auch Bekker, Recht des Besitzes S. 61 fg. 204; sodann hatte dieser Ausschluß gerade in unserem Falle einen besonderen wirthschaftlichen Hintergrund: es konnte kaum als zulässig gelten, daß der für den Hausdienst des Pfandgläubigers angestellte Sclave noch hinterrücks für den Eigenthümer

Erwerbsgeschäfte machte, und so dem einen und dem andern Herren diente.

Der Genuß des Pfandgläubigers kann ein direkter und ein indirekter sein, ein direkter, so fr. 11 § 1 de pign., c. 14 de usur.: Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum inhabitaret: hier ist der Vertrag zugleich antichretisch; ist er nicht antichretisch, so muß dem Gläubiger bei Fruchtsachen das Fruchtergebniß, bei Gebrauchssachen der übliche Miethpreis in Anrechnung gebracht werden. Indirekt genießt der Pfandgläubiger, wenn er den natürlichen Genuß der Sache in einen durch Miethe oder Pacht vermittelten Geldrentengenuß umwandelt, fr. 23 pr. de pign., c. 2 de act. pigner., vgl. auch Paul Pont, Petits contrats II nr. 1235; die Vermiethung oder Verpachtung kann auch an den Schuldner selbst erfolgen, eine Combination, welche in den römischen Quellen mehrfach besprochen wird, fr. 35 § 1, fr. 37, fr. 29 de act. pign., fr. 33 § 6 de usurp. und dazu Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 178 fg.; welche wohl auch bei der Pfandfiducia häufig war, Krüger, kritische Versuche S. 48, und welche ähnliches bezweckte, wie die den Besitz des Schuldners nicht alterirende Hypothek. Ist die Sache bereits in Pacht, so gilt die Verpfändung der Sache zugleich als Uebertragung der Anrechte aus dem Pachtvertrage gegen den Pächter, soweit diese Anrechte während der Verpfändungszeit erwachsen; vgl. fr. 20 de pign., vgl. auch fr. 58 pr. locati, fr. 53 pr. de act. emt. vend. Der Miether oder Pächter erhält auch hier, wie sonst nach röm. Recht, nur einen faktischen Genuß, er erhält das Fruchteigenthum kraft des vom Verpächter ausgehenden Traditionsvertrags, nicht kraft eigenen dinglichen Rechts[1]). Für sachgemäße Auswahl des conductor oder für entsprechende verkehrs-

1) Insofern richtig Schmid, Grundlehren der Cession II S. 341.

übliche Garantieen durch denselben hat natürlich der Pfandgläubiger mit der dem Pfandverhältnisse entsprechenden Diligenz einzustehen. Er hat sich den Pachtpreis anzurechnen, den er bezieht oder nach den Umständen des Falles beziehen könnte.

Anders verhält es sich mit dem Verkauf der Ausbeutungskraft des Nutzpfandes; ein solcher ist möglich, ebenso wie ein Verkauf des exercitium ususfructus; allein dieser Verkauf steht von der obigen Ausbeute durch Pacht weit ab, sowohl was den wirthschaftlichen Charakter des Geschäfts, als was die juristischen Consequenzen betrifft, welche das Geschäft nach sich zieht. Denn hier ist der Pfandgläubiger nicht mehr, wie oben, der indirekte Inhaber des Sachgenusses, sondern er hat den Sachgenuß durch Veräußerungsgeschäft weggegeben, wobei es gleichgültig ist, ob durch das Speculationsgeschäft des Verkaufs oder durch Schenkung oder sonstige Disposition; weßhalb denn auch bei der Frage der Anrechnung des Erträgnisses nicht dasjenige, was der Pfandgläubiger durch das Speculationsgeschäft erhält oder erhalten kann, sondern dasjenige, was der Dritte aus der Sache bezieht oder beziehen kann, in Betracht kommt [1]). Daher wird diese Art der Disposition weniger bei dem vif-gage, der Todsatzung, als bei der eigentlichen Antichrese, dem mort-gage, vorkommen, bei welcher die Abrechnung in Bausch und Bogen auf die Zinsen stattfindet; bei der Todsatzung mehr nur dann, wenn zugleich eine Abmachung bezüglich des Abtrags des Kapitals in Bausch und Bogen getroffen ist.

---

1) Die Entscheidung Marcian's in fr. 38 und fr. 40 de usufr.: si vendidero usum fructum, etiamsi emptor non utatur, videor usum fructum retinere — — si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur, ist daher in ihrem ersten Theil principiell unrichtig; sie stammt wohl von Sabinus, fr. 35 § 1 de usufr.: videri me uti frui homine, pro quo aliquam rem habeam: dies war Sabinianische Schulweisheit. In unverkennbarem Widerstreit hiermit steht die Entscheidung Ulpians in fr. 29 § 1 quib. mod. ususfr. am. Vgl. übrigens auch fr. 12 § 2 de usufr.



Und was das juristische Verhältniß betrifft, so erwirbt der Käufer ein wahres dingliches Recht in dem Umfange des Nutzpfandrechtes, ähnlich wie derjenige, welcher die Ausübung des Ususfruktes kaufweise erwirbt; und zwar ein dingliches Recht, welches der römische Proceß mit einer entsprechenden actio und exceptio ausgestattet hat, vgl. fr. 11 § 2 de pign., sowohl gegenüber Dritten als gegenüber dem Pfandgläubiger selbst [1]). Es ist ein selbstständiges dingliches Recht in dem Umfange des Hauptrechts, aber ein dingliches Recht, welches das Hauptrecht nicht absorbirt, sondern nur zurückdrängt: ebenso wie dieses Hauptrecht selbst das Eigenthum. Auch hier hat man zwar mit dem Recht am Rechte construirt, aber hier ebenso mit Unrecht, wie sonst. Allerdings unterliegt das Nebenrecht den Erlöschungsgründen des Hauptrechts, so daß also das exercitium ususfructus aufhört, wenn der Ususfrukt durch Tod, cap. dem., substantiae mutatio erlischt, fr. 8 § 2 de peric. et comm.; so daß ferner das exercitium pignoris cessirt, sobald das pignus durch Zahlung der Forderung an den Gläubiger erstirbt. Allein

1) Allerdings hat sich dieses dingliche Recht bei den Römern erst allmählig aus einem von Cautionen getragenen obligatorischen Rechte entwickelt, ähnlich wie das Servitutenrecht an dem fundus provincialis. Vgl. noch Marcell in fr. 57 soluto matr.: ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque ejus; dagegen aber schon Pomponius in fr. 66 de jure dot., am Schluß. Unrichtiger Weise will Czyhlarz, das römische Dotalrecht S. 97, aus fr. 57 cit. entnehmen, daß dem Erwerber des Ususfruktgenusses eine utilis confessoria nur gegen Dritte, nicht gegen den Usufruktuar selbst zustehe, weil sonst die daselbst geforderte Caution nicht nothwendig wäre. Allein derartige Cautionen haben sich aus früheren Stadien der Entwicklung vielfach erhalten. Die gleiche unrichtige Ansicht hat auch Arndts, Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß VIII S. 98, weil der Käufer des Ususfruktes die actio confessoria nur procuratorio nomine, im Namen des Usufruktuars, ausübe, mithin dieselbe nicht gegen den Usufruktuar kehren könne. Diese Argumentation wäre selbst dann nicht richtig, wenn ihr Vordersatz richtig wäre. Die Römer haben ihre actiones utiles freier behandelt.

nur diesen normalen objektiven Beendigungsfaktoren unterliegt das Nebenrecht; dagegen bleibt es bestehen, wenn der Usufruktuar auf den Ususfrukt, der Pfandgläubiger auf das Pfandrecht verzichtet: ein solcher Verzicht trifft das aus der Dispositionssphäre des Erstberechtigten gerückte abgeleitete Recht nicht; ebensowenig wird dasselbe dadurch modificirt, daß der Pfandgläubiger nachträglich Dispositionen über das Pfand trifft, welche seinen Gehalt verringern — „die Welt ist weggegeben" [1]). Das Nebenrecht verhält sich also zum Hauptrecht, wie das jus in re zum Eigenthum; es ist ebensowenig ein Recht am Recht, als die Servitut gegenüber dem Eigenthum u. s. w. Allerdings ist es ein Nebenrecht, welches das Hauptrecht nicht absorbirt; denn, wenn das exercitium ususfructus oder pignoris durch Verzicht oder durch einen anderen subjektiven Umstand erlischt, so tritt der Usufruktuar oder Nutzpfandgläubiger wieder in den Genuß ein [2]). Keiner Ausführung bedarf es, daß in unserem Falle der Nebenberechtigte die Früchte nicht kraft eines ständigen continuellen Traditionsaktes des Hauptberechtigten erwirbt, wie der Pächter, sondern kraft eigenen dinglichen Rechts; daher insofern unrichtig Schmid, Grundlehren der Cession II S. 341 fg., welcher pachtweise und kaufweise Uebertragung zusammenwirft [3]). Ferner ist es sicher, daß der Käufer des Pfandgenusses, der Käufer des exercitium pignoris, dessen Befugnisse sich auf die Totalität der Sachausbeute erstrecken, eben deßhalb juristischer Besitzer, possessor, nicht bloß quasi possessor, ist, wie dies auch aus fr. 14 § 3 de div. temp. praescr. mit Sicher-

1) Vgl. auch Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 89. Unrichtig, bezügl. des subpignus, Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 61 fg.

2) Aehnlich wie der Eigenthümer in den Genuß eintritt, wenn Ususfrukt oder Nutzpfand untergeht.

3) Wie dies allerdings bereits die römischen Juristen thun, z. B. fr. 12 § 2 de usufruct.

heit hervorgeht; während der Verpfänder natürlich auch ihm gegenüber, ebenso wie gegenüber dem Pfandgläubiger selbst, die Usucapionssituation, die possessio quoad usucapionem, beibehält; anders ist die Sachlage natürlich bei dem Erwerber des Ususfruktgenusses, der, wie der Usufruktuar selbst, nur quasi possessor wird.

Besteht nun diese Möglichkeit der Begründung eines vom Ususfrukte oder Nutzpfandrechte abgeleiteten Genußrechts, so ist indeß fraglich, ob die Benützung dieser Möglichkeit dem Usufruktuar oder Pfandgläubiger unbedingt gestattet ist, und ob er nicht unter Umständen hierdurch gegen die Pflichten verstößt, welche ihm gegenüber seinem Mitcontrahenten, dem Besteller des Ususfrukts oder Pfandrechts, obliegen. Jedenfalls, und dies ist allgemein anerkannt, haftet er für culpa in eligendo, und damit wird es bei Immobilien regelmäßig sein Bewenden haben; dagegen bei Mobilien wird die Begründung eines solchen Rechtes als Regel nur dann gestattet sein, wenn damit nicht eine Uebergabe an den Dritten verbunden, sondern dem Dritten nur ein indirekter Genuß, Rentengenuß 2c. gewährt wird. Die Uebergabe an einen Dritten dagegen wird nur dann als erlaubt betrachtet werden können, wenn entweder der Pfandbesteller zustimmt oder die Gefahr einer Verbringung der Sache ausgeschlossen ist. Wenn das römische Recht selbst in der Veräußerung der speciell verpfändeten Sache durch den Eigenthümer, auf die Autorität Julians hin, ein furtum erblickte, fr. 19 § 6, fr. 67 (66) pr. de furt.[1]): wie könnte es eine solche Hingabe der Mobilie in die Hände Dritter durch Usufruktuar oder Pfandgläubiger hinter dem Rücken des Verpfänders gestattet haben? Namentlich wenn man bedenkt, daß der Erwerber wiederum das Genußrecht auf einen Dritten und dieser wieder auf

1) Vgl. auch fr. 4 § 2 quib. mod. pign. solv.

einen Vierten übertragen könnte, und so in infinitum, so daß die Sache damit in die 20. oder 30. Hand gelangte und der Verpfänder durch alle diese Zwischenträger hindurch in den „Ländern der europäischen Civilisation" herumsuchen müßte — weßhalb auch frühere Praktiker annahmen, daß nur eine Afterverpfändung gestattet sei, nicht eine zweite, dritte und vierte, vgl. die Nachweise bei Negusantius, tractatus de pignoribus et hypothecis II 3 § 20 (Ed. Lugd. 1562) p. 45 [1]) — eine allerdings unzulässige Aushülfe, welche aber von gesundem praktischem Takte eingegeben wurde [2]).

Man wird daher, ohne Genehmigung des Schuldners, die Uebergabe der Pfandmobilien an Dritte nur dann für statthaft erachten, wenn die Gefahr einer Verschleppung und Verbringung nach den Umständen des Falles nicht als erheblich zu erachten ist; so wenn bei Veräußerung des Gutsgenusses das Gutsinventar an einen geeigneten Bewirthschafter mitgegeben wird, so wenn die Veräußerung sich in nahe verbundenen Kreisen hält, wie in den Fällen des fr. 66 de jure dot. und fr. 57 solut. matr. [3]), oder wenn sie an eine mit im Forderungs- und Schuldnexus stehende Person erfolgt, vgl. fr. 2 de pign., fr. 31 (32) de neg. gest. Dies widerspricht allerdings der gemeinen Meinung, welche annimmt, daß erst neuere Gesetzgebungen eine solche Beschränkung eingeführt hätten, vgl. insbesondere Dernburg, preuß. Privatrecht I S. 837 [4]); allein ich glaube, daß man dem römischen Rechte einen zu geringen Grad praktischer Erfahrung zutraut, wenn man aus der Nichterwähnung dieser Be-

1) Wogegen Baldus behauptete, daß pignus pignori millies dari possit!

2) Man bezog sich hierfür, was die damalige Methode charakterisirt, auf fr. 11 § 18 leg. III und auf c. 2 in VI[to] de rescript. (1, 3).

3) Vgl. dazu Bechmann, das römische Dotalrecht II S. 399 fg.

4) Vgl. Preuß. L.R. I 20 § 127, Sächs. Ges.b. § 475.

schränkung — vgl. übrigens fr. 33 § 4 de usurp. et usuc. — ohne weiteres den Schluß zieht, daß dasselbe einer solchen Wanderung anvertrauter verpfändeter Sachen über Berg und Thal ruhigen Blutes zugesehen hätte; und man kann nicht entgegenhalten, daß eine solche unterscheidende Behandlung von beweglichen und unbeweglichen Sachen den römischen Juristen ferne gelegen sei; im Gegentheil haben sie durch die Entwicklung des Furtumbegriffes hinreichend bewiesen, daß ihnen die praktischen Momente dieses Unterschiedes klar vor Augen lagen. Daher werden die Römer, bei einer solchen Hingabe anvertrauter Mobilien in die dritte Hand ohne Zustimmung des Verpfänders, von jenen Ausnahmsfällen abgesehen, schon an sich ein Unrecht erblickt haben, für welches der Hingebende unbedingt einzustehen hat, auch wenn ihm keine culpa in eligendo nachzuweisen ist; ja man wird den Vorwurf des furtum nicht gescheut haben, wo immer dem Pfandgläubiger das Bewußtsein der materiellen Widerrechtlichkeit innewohnte.

Uebrigens ist bei der Veräußerung des Pfandgenusses wohl zuzusehen, ob denn wirklich nur der Pfandgenuß veräußert wird, und nicht vielmehr die Forderung selbst, welcher per consequentiam der Pfandgenuß folgt, so daß der Käufer nicht in den Genuß eines fremden Pfandrechts eintritt, sondern mit der Forderung das Pfandrecht selbst erwirbt und dieses ausübt; und der praktische Nerv des Unterschiedes liegt darin, daß im letzteren Fall der Erwerber und nur er berechtigt ist, die Forderung einzuziehen und einzutreiben, daß die Zahlung mit solutorischer, pfandtilgender Wirkung an ihn und nur an ihn geschehen kann. In der That ist im Zweifel dieses letztere, nicht eine bloße Uebertragung des Pfandgenusses anzunehmen: im Zweifel ist eine Uebertragung der Forderung zu unterstellen, sobald nämlich der Veräußerer sich nicht die Forderung, nicht den Bezug der Einlösungssumme vorbehalten hat. Denn es ist eine

höchst angemessene Calculation, wenn der Käufer das Genußrecht mit der Einlösungssumme kauft; dagegen ist die Situation des Käufers, welcher bloß das Genußrecht erwirbt, und dieses, sobald die Einlösungssumme an seinen Verkäufer bezahlt wird, ohne Ersatz sofort wieder abtreten muß, eine so precäre, in den Willen Dritter gestellte, das Geschäft ein so aleatorisches, daß dasselbe zwar immerhin möglich ist, aber nicht als die Regel des Verkehrs, sondern nur als die seltenere, durch besondere Umstände veranlaßte und regelmäßig einer besonderen Vereinbarung bedürftige, Ausnahme gelten kann.

Wird die Forderung cedirt [1]), so geht, wie soeben bemerkt, das Pfandrecht selbst auf den Cessionar über — ebenso im Fall der Subrogation, welche im modernen Recht allmählig an die Stelle des beneficium cedendarum actionum tritt, auf den Subrogirten. Aber daraus folgt nicht, daß der Pfandgläubiger berechtigt wäre, auf diesem Wege die Pfandsache einem Jeden ohne Verantwortlichkeit auszuhändigen, indem er sich auf sein Recht berufen würde, seine Forderung, sobald kein Cessionsverbot in den Weg kommt, an einen Jeden zu cediren. Denn das Nutzpfandrecht des Cessionars kann auch dadurch ausgeübt werden, daß der Cedent die Sache behält und dem Cessionar eine Nutzrente zahlt; und ein derartiges Arrangement ist dem Cedenten, bei persönlicher Haftung ex actione pigneraticia directa, geboten, sobald der Cessionar eine für die Bewirthschaftung der Sache ungeeignete Person ist, oder sobald die Sache eine bewegliche ist und ein Fall der Zulässigkeit der Weggabe der anvertrauten beweglichen Sache nicht vorliegt, auch die Zustimmung des Verpfänders nicht zu erzielen ist [2]). Allerdings, wenn das Pfand ein Distractionspfand ist, dann muß in jedem Fall

1) Vgl. hierüber auch die Erörterungen bei Puchelt, Rheinisch-französisches Privilegien- und Hypothekenrecht § 97 S. 331 fg.

2) Vgl. auch Züricher Ges.b. § 867.

die Detention soweit übertragen werden, als zum Vollzug der Distraction erforderlich ist, vgl. c. 8 de hered. vel act. vend.; allein darin liegt eben auch keine Gefahr für den Verpfänder, da mit der Distraction die Pfandfrage sich definitiv erledigt.

Oben ist von dem Falle der unbeschränkten Uebertragung des Genußrechtes die Rede gewesen; es kann aber die Uebertragung auch eine beschränkte, insbesondere eine pfandweise sein, so daß der Erwerber den Genuß nur kraft Pfandrechts und in der Sphäre und mit der Zweckbestimmung seines Pfandrechts erlangt. Dann entsteht ein Afterpfand, ein subpignus, und es ist diese Art des Afterpfandes, das Afternutzpfand, eine der praktisch wichtigsten und bedeutsamsten. Von ihr ist die Rede in c. 2 si pign. pign. (8, 23 (24)) und in c. 6 X de pign. (3, 21). Sicher ist nun auch hier, daß der Afterpfandnehmer juristischen Besitz erwirbt, da ihm die Totalität des Sachgenusses übertragen ist, wie dies auch in fr. 14 § 3 de div. temp. praescr. ausdrücklich bestätigt wird; wogegen der erste Verpfänder auch hier in der Usucapionssituation verbleibt; denn das Gegentheil ist aus fr. 33 § 4 de usurp. et usuc., wo von einer puren Auslieferung der Sache, ohne Berücksichtigung des bestehenden Pfandnexus, die Rede ist, nicht zu entnehmen. Wohl aber kehren hier die zwei Fragen wieder, welche oben bei der totalen Uebertragung des Sachgenusses erörtert worden sind: die Frage, ob der Pfandgläubiger die Sache unbedingt aus der Hand geben darf, und die Frage, ob im Zweifel eine bloße Verafterpfändung des Genusses — oder nicht vielmehr eine Verpfändung der Forderung anzunehmen ist, welche dem pfandweisen Forderungserwerber das Recht der Benützung des ganzen Forderungsapparates, der Forderungspfänder wie des seinerzeitigen Forderungsergebnisses, eröffnet. Auf die erste Frage ist zu erwidern, wie oben; denn aus den Stellen, worin es allgemein heißt, pignori rem pigneratam accipi posse und

ähnlich, fr. 13 § 2 de pign., c. 1 si pignus pignori (8, 23 (24)), ist die unbedingte Haftungslosigkeit des Gläubigers im Fall der Hingabe der ihm anvertrauten Sache nicht zu erschließen; die c. 1 und 2 si pign. pign. sprechen von Immobiliarpfändern (possessio = Grundbesitz, namentlich auf Provinzialboden); und das vom interdictum utrubi und folgeweise von Mobilien handelnde fr. 14 § 3 de div. temp. praescr. erörtert nur die Besitzfrage, während das fr. 33 § 4 de usurp. et usuc. die Gefahr der Verbringung anvertrauter Pfandmobilien, wenigstens nach einer Seite hin, treffend beleuchtet. Den zweiten Punkt anlangend, ist wieder zu sagen, daß das eine wie das andere möglich, daß jedoch im Zweifel eine Verpfändung der Forderung anzunehmen ist, welche das Recht des Pfandgenusses an den Pfändern der Forderung per consequentiam mit sich führt; denn es ist gewiß eine verkehrsmäßigere Speculation, wenn der Gläubiger die Forderung und damit das Pfandrecht belegt und säsirt, als wenn er sich zur Sicherung ein Afterpfand geben läßt, welches bei Zahlung der Schuld an seinen Autor spurlos verpufft, ohne daß er, der Afterpfandberechtigte, sich dessen erwehren kann [1]). Bekanntlich ist diese Frage in alter und neuer Zeit lebhaft erörtert worden; und man hat hier, wie so oft, dadurch ganz gründlich gefehlt, daß man das constructive Element für das ausschlaggebende erachtet und das wirthschaftliche Zweckmoment verkannt hat. Das constructive Element kann nicht das entscheidende sein, weil die eine wie die andere Bildung constructiv möglich ist [2]); entscheidend ist aber der

1) Vergl. auch die von Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. B. 39 S. 356, allegirte Entscheidung des Hofgerichts Gießen v. 16.|5. 1856.

2) Denn, wenn man behauptet hat, daß der Pfandgläubiger die Pfandsache ebensowenig verpfänden, als verschenken, legiren könne (Dernburg, Pfandrecht I S. 476 u. A.), so ist zu erwidern, daß ja durch die Afterverpfändung die Sache nur bezüglich des exercitium's der dem Pfandgläubiger zustehenden Genuß- und Dispositionsrechte verpfändet wird, dieses

wirthschaftliche Zweck des Geschäftes, und wenn wir diesen zu Grunde legen, so müssen wir sagen: keine der beiden Gestaltungen ist wirthschaftlich zwecklos, die eine aber erfüllt die durch solche Geschäfte zu erreichenden Zwecke so ungleich besser, als die andere, daß sie als die regelmäßige normale Gestaltung des Lebens, die andere als die nur auf Grund besonderer Abrede oder auf Grund besonderer influirender Umstände eintretende Ausnahme zu betrachten ist [1]). Nichts anderes ist denn auch aus den Quellen zu entnehmen, namentlich aus dem vieltraktirten fr. 13 § 2 de pign. [2]):

Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem

exercitium aber auch totaliter veräußert werden kann; wie dieses bereits Büchel, über jura in re und deren Verpfändung S. 112. 113, richtig bemerkt hat.

1) Bezüglich der „besonderen Umstände" erinnere ich namentlich an den von Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 81 fg., beigebrachten Fall, wo Jemand einen Gegenstand verpfändet, den er für sein eigen hält, obgleich er daran nur ein Faustpfandrecht hat. Hier ist die Wirkung des Geschäfts: Pfandrecht des Erwerbers an der Sache, soweit es der Verpfänder bieten kann, also pures Afterpfand; etwas weiteres würde über die Sphäre des Geschäfts hinausgehen. Ein zweiter Fall liegt vor, wenn gewisse Gegenstände kraft Gesetzes dem Pfandrecht unterliegen und wenn darunter Sachen sind, welche demjenigen, der von der Pfandlast betroffen wird, nur kraft Pfandrechts, nicht zu eigen gehören, fr. 11 § 5 de pign. act.

2) Die Angabe der älteren Litteratur kann mir erspart bleiben; neuere Bearbeitungen der Stelle finden sich insbesondere bei Dernburg, Pfandrecht I S. 478 fg., Sohm, die Lehre vom subpignus S. 106 fg., Bremer, Pfandrecht und Pfandobjekte S. 221 fg., Hofmann in Iherings Jahrb. XII S. 385 fg., Gugino im Circolo giuridico IX p. 226 fg.

pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Ich kann nicht zugeben, daß diese Stelle außergewöhnliche Dunkelheiten oder Zweideutigkeiten aufweise oder besondere Gedankensprünge enthalte. Um sie vollkommen zu verstehen, muß man sich nur daran erinnern, daß zu Marcians Zeiten die Denunciation als ein Mittel, die cedirte oder verpfändete Forderung außergerichtlich zu säsiren, noch nicht oder doch nur unvollkommen entwickelt war, so daß das einzige normale Säsirungsmittel die litiscontestatio gewesen ist, vergl. c. 3 mandati, c. 3 de novat. (ohne die Justinianeischen Einschaltungen), Windscheid, Aktio S. 140, Bähr in Jherings Jahrb. I S. 374 fg., Salpius, Novation und Delegation S. 392 fg.; während doch die Verpfändbarkeit der Forderungen damals schon sicher feststand, wie ja die Verpfändung der Forderungen früher in Gebrauch kam als der Verkauf derselben und der letztere sich nach dem Muster der ersteren entwickelt hat [1]). Daher mußte im Fall des pignus nominis angenommen werden, daß der Schuldner immer noch dem Verpfänder mit solutorischer Wirkung zahlen konnte, solange der Pfandgläubiger es nicht zur Litiscontestation gebracht hatte. Zahlte nun der Schuldner an den Verpfänder, so gestaltete sich die Rechtsstellung des Pfandgläubigers wie folgt: der Zahlungsempfänger erlangt Eigenthum, der Pfandgläubiger Pfandrecht an den zahlungsweise tradirten Sachen [2]); vergl. oben S. 42 und auch Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 134 fg. Der Pfand-

1) Außer den Stellen bei Salpius S. 408 vgl. auch fr. 20 de pign.

2) Ich setze natürlich den Fall voraus, daß die Zahlung eine Eigenthumstradition ist und daß sie zugleich mit Rücksicht auf das Pfandverhältniß erfolgt.

gläubiger kann daher, nachdem die Zahlung geleistet ist, das Pfandrecht an den Zahlungsobjekten geltend machen, und, dem entsprechend, den Verpfänder, welcher die Zahlung in Empfang genommen hat, mit der hypothecaria belangen, vgl. Exner a. a. O. S. 139 fg. Solange aber der Schuldner noch nicht gezahlt hat und der Verpfänder noch nicht zuvorgekommen ist, hat der Pfandgläubiger noch das weitere Recht, die Leistung durch litiscontestatio zu säsiren und zu bewirken, daß die Zahlung mit Erfolg nur durch Uebergabe der Zahlungsobjekte an ihn geschehen kann, in welchem Falle er dann das Eigenthum der Zahlungsobjekte für den Verpfänder, zugleich aber das Pfandrecht für sich erwirbt: Die Situation unterscheidet sich hier von der vorigen nur dadurch, daß dem Pfandgläubiger die Sachen in seinen eigenen Schooß fallen, daß er sofort Besitz erlangt und daher seine Pfandobjekte nicht erst zu suchen braucht. Geradeso wird uns die Sache von Paulus geschildert in fr. 18 pr. de pign. act.: si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id quod acceperis erit tibi pignoris loco. Denn das pensare secum ist eben die Ausübung des Pfandrechts an Geldstücken — da hier eine weitere Verwerthungsoperation nicht nöthig ist —, wie dies heutzutage bei den Geldkautionen allgemein geübt wird, vergl. dazu Exner a. a. O. S. 186. Gehen wir nun auf unsere Stelle über, so finden wir, daß Marcian den Fall gerade so entscheidet, wie es so eben für das pignus nominis entwickelt worden ist[1]). Marcian fragt, ob, wenn der Verpfänder Zahlung erhalten hat, der Pfandgläubiger nummorum solutorum nomine eine

1) Daran müssen alle entgegengesetzten Auslegungen scheitern, namentlich auch die Sohm's, Bremer's und Hofmann's. Wie soll das Afterpfand die Zahlungsobjekte ergreifen ohne Vermittlung eines Pfandrechts an der Forderung?



utilis actio habe, was dann im Fortgange der Stelle bejaht wird; daß diese utilis actio ein dingliches Recht des Pfandgläubigers zur Basis hat, kann man schon daraus entnehmen, daß sonst diese actio ihm regelmäßig nichts Besseres bieten würde, als was sein purer Forderungsanspruch gegen den Schuldner, — der doch in der überwiegenden Mehrheit von Fällen auch der Verpfänder ist; und daß dieses Recht ein Pfandrecht ist, ergibt sich aus den Worten: quid enim, si res soluta fuerit, indem hier unter res das verstanden ist, was später unter corpus: eine körperliche Sache außer Geld: Die Hervorhebung einer solchen hat nur beim Pfandrecht Sinn, welches eine andere Art der Ausübung zeigt, je nachdem es sich um Geld oder um andere Pfandobjekte handelt. Dies ergibt sich denn auch aus dem nachfolgenden Citat aus Pomponius, einem Citat, das die Antwort bietet auf die Frage: numquid utilis actio danda sit an non; die Antwort heißt: Wahr ist es, was Pomponius von dem nomen pignori datum sagt: daß der Pfandgläubiger, wenn Geld gezahlt wird, von dem Gelde soviel, als seine Forderung beträgt, zu Eigenthum nimmt und damit seine Forderung tilgt; wenn eine andere Sache geleistet wird, an dieser ein nach den gewöhnlichen Regeln auszuübendes Pfandrecht erwirbt. Diesen Satz vom pignus nominis bringt Marcian natürlich nicht, um überhaupt eine Wahrheit zu sagen, sondern er bringt ihn als Antwort auf die gestellte Frage; er sagt: die richtige Antwort gibt hierauf Pomponius; das, was Pomponius sagt, trifft hier ein. Pomponius spricht nun von dem pignus nominis und erklärt die Folgen desselben, wie sie oben erklärt worden sind. Mithin ist der von Marcian besprochene Fall des pignus pignoris gerade so zu behandeln, wie wenn ein schlankes pignus nominis vorliegen würde, das pignus pignoris ist äqual einem pignus nominis, — aber natürlich nicht, wie dies eine verbreitete Ansicht annimmt, nothwendig und unbedingt, aus Gründen unerbittlicher

Logik, sondern als Regel des Lebens, als Regel, welche sich darauf stützt, daß diese Behandlung den Zwecken des Verkehrs am besten entspricht, als Regel, welche ihre Ausnahmen haben kann, nur daß diese eben eine besondere Vereinbarung oder eine Besonderheit von Umständen voraussetzen [1]). Das Argument, daß ein pures Afterpfand möglich ist, und daß ein solches zu anderen Resultaten führt, verschlägt hier nicht das mindeste, denn ein solches pures Afterpfand ist für die Zwecke des Verkehrs ein unvollkommenes Hülfsmittel und daher nicht als Regel anzunehmen. Allein, sagt man, warum sprechen die Parteien und warum sprechen die Römer von einer Verpfändung des Pfandes, wo es sich um eine Verpfändung der Forderung handeln soll? [2]) Nichts ist leichter zu beantworten als dieses: sie sprechen so, weil nach ihrer Denkweise das Hauptgewicht in dem Pfande ruht, weil in dem Pfande der wirthschaftliche Schwerpunkt zu liegen pflegt, in ihm der praktische Werth, das praktische Interesse verkörpert ist, welches die Parteien bei derartigen Geschäften vor Augen haben.

Der einzige plausible Einwand gegen diese Auffassung der Stelle wäre der: Wie kommt Marcian dazu, trotzdem von einer Zahlung an den Verpfänder und, muß man annehmen, von einer gültigen Zahlung an den Verpfänder zu sprechen? Denn daß in den Worten: si dominus solverit pecuniam,

1) Am Richtigsten Gugino, concetto del diritto di pegno in Sampolo's Circolo giuridico IX p. 225: Senza dubbio, l'obbligazione principale può essere oggetto di pegno insieme alla garanzia reale che l'accompagna; nell' oscura ed incerta manifestazione della volontà dei contraenti sul se abbiano voluto costituire un semplice pegno sul pegno, o comprendere con questo anche l'obbligazione garantita, è conforme a giustizia che s'intenda il pegno esteso anche all' obbligazione; ma non per questo deve dirsi che sempre e necessariamente nell' oppignorazione di un diritto di pegno l'efficacia del vincolo reale di garanzia stringe il „nomen debitoris."

2) So insbesondere Sohm, subpignus S. 69.

pignus quoque peremitur, von einer Zahlung an den Verpfänder, nicht an den Pfandgläubiger die Rede ist, versteht sich von selbst, weil sonst der Satz eine unerträgliche Trivialität enthalten würde. Eben derselbe Einwand ließe sich entnehmen aus dem fr. 40 § 2 de pign. act. und aus dem fr. 14 § 3 de div. temp. praescr. (v. si pecuniam mihi solveris). Und der Einwand wäre gegründet vom modernen Standpunkte aus, da man sich heutzutage eine solche Verpfändung einer Forderung nicht anders vorstellt, als daß sofort an den Drittschuldner, den debitor debitoris, Nachricht ergeht und damit die Forderung arrestirt wird. Hier schlägt nun aber die obige historische Bemerkung ein, daß die Denunciation als normales, vollkommenes Säsirungsmittel erst dem späteren Rechte, selbst erst dem Rechte nach Gordian, angehört und daß im Zeitalter des Papinian und Marcian nur die litiscontestatio die Forderung in normaler Weise säsirte, so daß die Zahlung an den Verpfänder noch häufig genug stattfand und daher sehr naturgemäß ihre Erwähnung finden mußte.

Die Frage, welche actio und exceptio utilis M a r c i a n meint, hat, nachdem die Sache selbst entwickelt ist, wenig Bedeutung mehr; denn mit utiles actiones konnten die Römer erzielen, was sie wollten. Jedoch, wenn wir die Sache aus der römischen Formelsprache in unsere Juristensprache übersetzen, so verhält es sich folgendermaßen: der Pfandgläubiger hat a) zur Erzielung der von dem Drittschuldner zu machenden Leistung einen utilen Forderungsanspruch; er hat b) sobald die Leistung gemacht ist, an dem Leistungsobjekte ein primäres Pfandrecht und daher bezüglich desselben, entsprechenden Falls, einen primären Pfandanspruch; er hat c) an dem Pfandobjekte ein Afterpfand und einen dem Afterpfand entsprechenden Pfandanspruch. Von dem Anspruche zu a) ist hier nicht die Rede, denn es wird gerade der Fall vorausgesetzt, wo die Leistung nicht an den

Pfandgläubiger, sondern an den Verpfänder erfolgt; wohl aber ist die Rede von der actio und exceptio sub c) und von der actio zu b): nämlich von dem Pfandanspruch bezüglich des Afterpfandes (von welchem auch in c. 1 pr. si pignus pignori (8, 23 (24)) unter dem Titel einer utilis actio gesprochen wird) und von dem Pfandanspruch bezüglich der in Erfüllung der Forderung gegebenen Leistungsobjekte. Daß in beiden Fällen nicht eine direkte hypothecaria, sondern eine etwas modificirte utilis actio gegeben wurde, ist leicht begreiflich; denn beide Fälle lassen sich nicht direkt unter die Formel der quasi Serviana stellen: weder liegt eine direkte conventio dahin, daß das seinerzeitige Leistungsobjekt verpfändet sein soll, vor, noch steht bezüglich des Afterpfandes der Fall so, daß dieses Pfandobjekt zur Zeit der Pfandconvention in bonis des Verpfänders war [1]); daher die Formel einer besonderen Fassung bedurfte, um sicher auf unseren Fall zu passen.

Aber auch das als Ausnahme charakterisirte pure Afterpfand findet im röm. Rechte seine Vertretung. Wenn die Invekten des Subconductor dem Sublocator pfandrechtlich verstrickt sind, so sind sie innerhalb dieses Kreises wiederum dem locator primus verstrickt: dieser hat ein Pfandrecht an den Invecten in der Sphäre des Pfandrechts seines conductor, also ein subpignus: aber nur ein subpignus, kein pignus nominis, da die römische Rechtsordnung es nicht für angezeigt gefunden hat, auch noch die Forderung aus der Aftervermiethung dem gesetzlichen Pfandrechte zu unterwerfen, und da die Rücksichten bei dieser, an sich

1) Vgl. fr. 12 § 2 de furtis: creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis ejus res non sit — man müßte denn das in bonis esse im allerweitesten Sinne nehmen, vgl. fr. 52 de adq. rer. dom., fr. 49 de V. Sign.: daß aber der aufgestellte und instruirte judex den Ausdruck in diesem weitesten Sinne genommen hätte, wäre nicht, wenigstens nicht mit Sicherheit, zu erwarten gewesen.

bedenklichen, gesetzlichen Pfandsicherung natürlich andere sind als bei der Pfandsicherung des Parteiverkehres. Dies ist denn auch die Ansicht Ulpians, fr. 11 § 5 de pign. act.; denn wenn hier als Besonderheit hervorgehoben ist, daß der subconductor auch an den locator primus bezahlen kann, so wird unterstellt, daß der locator primus kein pignus nominis habe. Daß übrigens eine solche Steigerung der Pfandsicherung des locator primus nichts Unerhörtes wäre, so daß er die Forderung seines conductor gegen den conductor secundus durch Denunciation für sich säsiren könnte, beweist der Code civ.; denn dieser besagt in a. 1753: Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiments faits par anticipation; ähnlich a. 1798 für die locatio operarum und resp. operis. Hier ist also von dem nackten Afterpfand zum pignus nominis übergegangen, mithin gesetzlich der Schritt gemacht, den schon das röm. Recht im Vertragsleben gemacht hatte.

In allen Fällen nun, in welchen eine Uebertragung des Pfandrechts oder des Pfandgenusses stattfindet, macht die Restitutionsfrage Schwierigkeit. Hat der Pfandgläubiger das Recht, die Sache, innerhalb gewisser Schranken, in die dritte Hand zu geben, so wird er dadurch, unter der Voraussetzung sorgfältiger Geschäftsbehandlung, von der Restitutionspflicht frei, wie dies auch in fr. 31 (32) pr. de neg. gest. ausgesprochen ist: creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur; darum muß man aber nothwendig dem Verpfänder ein Mittel gewähren, um die Sache nach Tilgung der Schuld aus dritter Hand zu erlangen. Da nun aber die primäre Theorie des Pfandvertrags nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Mitcontrahenten bietet, so muß der Orga-

nismus des Rechts ein neues Hülfsmittel aus sich erzeugen, um die Verwirklichung des gebieterisch verlangten Rechtszweckes zu erzielen; denn daß eine Verweisung auf die rei vindicatio nicht genügt, bedarf keiner Ausführung. Ein Mittel, welches im klassischen röm. Recht bei Mobiliarpfändern in beschränkter Weise aushalf, war das interdictum utrubi. Da nämlich der Pfandbesitzer sich den Besitz des Verpfänders nur insolange anrechnen durfte, als er gemäß Pfandrechts besaß, das Recht der Anrechnung daher mit dem Momente erlosch, in welchem das Pfandrecht durch Zahlung der Schuld getilgt wurde: so hatte der Verpfänder, wenn in seinen Besitzverhältnissen in der vorigen Zeit keine Unterbrechung eingetreten war, regelmäßig das interdictum utrubi für sich, vorausgesetzt nur, daß das Pfandverhältniß nicht ganz ein halbes Jahr bestanden hatte. Vgl. fr. 14 § 3 de div. temp. praescr.: si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur, vgl. auch Gajus IV 151. 152 [1]). Hat dieses Hülfsmittel nur eine beschränkte Sphäre der Anwendung, so bieten sich zwei andere constructive Elemente dar, um den Gedanken der Rechtsordnung zu verwirklichen: Einmal eine cessio actionis von Seiten desjenigen, mit welchem der Pfandvertrag abgeschlossen worden ist, zu welcher cessio er durch die actio pigneraticia directa gezwungen werden kann; denn mit dieser actio kann der Verpfänder naturgemäß diejenigen seinem Mitcontrahenten zustehenden Rechtsansprüche begehren, welche zur Restitution der Sache führen; vgl. auch fr. 27 de pign. act.

Allein dieses Constructivmittel hat sein Mißliches, weil es den Verpfänder allen jenen Einwänden aussetzt, welche dem Pfandinhaber gegenüber dem Cedenten zustehen, da ja dieser

1) Ueber die restitutorische Funktion des interdictum utrubi vgl. Savigny, Besitz S. 416, Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 103. 141, Bruns, Besitzklagen S. 169 fg.



letztere nur soviel cediren kann, als ihm zukommt; ein Mißstand, welchen auch die moderne Gesetzgebung wohl gefühlt hat, vgl. § 115 Abs. 2 der deutschen Civ.P.O.; so daß mithin der Verpfänder mit seinem cedirten Anspruch möglicherweise aus Gründen zurückgewiesen werden kann, welche bloß die persönlichen Verhältnisse dieser dritten Personen betreffen, welche in seinen eigenen Rechtsverhältnissen keinen Rückhalt haben. Daher ist auch dieses Constructionsmittel zur Erreichung des von der Rechtsordnung postulirten Zweckes nicht genügend. Eine völlig genügende Abhülfe ist dann gegeben, wenn der Pfandgläubiger dem Dritten Anweisung gibt, die Sache entsprechenden Falles an den Verpfänder zu restituiren [1]); denn daß aus dieser Anweisung dem Verpfänder, zu dessen Gunsten sie lautet, ein selbstständiges Forderungsrecht zustehe, dazu ist die römische Jurisprudenz jedenfalls zu Diocletians Zeiten gelangt, c. 8 ad exhib., c. 19 § 4 de usur. Der juristische Gedanke dieser Stellen ist der: Wo immer Jemand, der gehalten ist, eine Sache an eine andere Persönlichkeit zu geben, sie einem Dritten mit der Anweisung überliefert, sie an diese Persönlichkeit auszufolgen: da soll diese Persönlichkeit aus dieser Anweisung ein direkter Anspruch gegen den Dritten auf Ausantwortung der Sache erlangen. Ist nun aber einmal dieser Standpunkt erklommen, so kostet es nur einen weiteren Schritt, zu sagen: auch ohne Anweisung ist eine solche Pflicht des dritten Empfängers zur Ausantwortung der Sache in dem natürlichen Zweckbestreben, in der unverkennbaren inneren Tendenz solcher Geschäfte, wie der Veräußerung des Pfandgenusses, der Afterverpfändung, begründet: sie ist das zweckentsprechende Mittel zur Ausgleichung aller hierbei in Frage kommenden Interessen; besteht daher kein constructives Hinderniß, dem Verpfänder einen solchen An-

1) Vgl. zum Folgenden auch **Dernburg**, Pfandrecht I S. 154 fg., **Sohm**, subpignus S. 149 fg.

spruch aus dem Anweisungsgeschäfte zu geben, so besteht ein solches auch nicht, wenn zwar kein Anweisungsgeschäft vorliegt, aber eine solche Abwicklung der Sache durch den Zweck des Institutes geboten ist. Das constructive Hinderniß lag ehedem darin, daß die Rechtsordnung sich sträubte, dritten Personen aus den Rechtsgeschäften der Parteien ein obligatorisches Recht und einen obligatorischen Anspruch zu gewähren; war einmal dieses Hemmniß überwunden, so kam nichts mehr darauf an, ob die Ausantwortung an den Dritten den Gegenstand eines besonderen Geschäftes bildete, oder ob sie bloß implicite durch das Veräußerungs- oder Afterpfandgeschäft postulirt wurde. Das Mittel, um diesen Fortschritt zu verdecken, wird hier, wie so oft, die Fiktion gewesen sein; man fingirte ein solches Anweisungsgeschäft, auch wenn keines vorhanden war, indem man es für der Gerechtigkeit entsprechend hielt, einen Restitutionsanspruch zu geben, gleich als ob ein solches Anweisungsgeschäft abgeschlossen worden wäre. Daß das römische Recht bis zu diesem Schritte gelangte, ist mir sicher aus einer gleichfalls der Diocletianischen Zeit angehörenden Stelle, der c. 2 si pignus pignori [1]). Allerdings ist diese circ. 2½ Jahre älter, als die c. 8 cit. [2]), allein auch diese c. 8 bestätigt ja nur einen bereits seit längerer Zeit angebahnten Rechtszustand, wie dies aus der analogen c. 3 de don. q. sub modo (anni 290) hervorgeht [3]). Steht doch eine

1) Vgl. auch Dernburg, Pfandrecht I S. 155, Sohm, subpignus S. 150.

2) Vgl. Mommsen, über die Zeitfolge der Verordnungen Diocletians, in den Abh. der Berliner Akademie 1860 S. 426. 429, und Krüger's Codexausgabe.

3) Wohl sicher hat man auch dem pactum fiduciae die Wendung gegeben, daß, wenn der Gläubiger das Fiduciarobjekt als solches, unter Wahrung des Einlösungsrechts, veräußerte, der Schuldner eine actio in factum gegen den Dritten erhielt, vgl. auch fr. 13 pr. de pign. act.; damit traf dann das Institut mit dem deutschrechtlichen Proprietätspfand, mit carta und contracarta, zusammen, wo ebenfalls ein Einlösungsrecht gegen Dritte

solche obligatorische Verpflichtung, in Verbindung mit einem dinglichen Rechtserwerbe, im römischen Recht nicht einzig da. Der Eigenthümer eines Emphyteusengrundstücks hat seine obligatorischen Ansprüche gegen jeden künftigen Emphyteuta, wenn auch dieser in keiner Weise zu ihm in obligatorische Vertragsberedung getreten ist; und diese Rechtsform wird bereits von Plinius (Ep. VII 18) in interessanter Weise zur Erzielung einer auf ein Grundstück gelegten dauernden Rentenpflicht verwendet, indem Plinius ein Grundstück der Gemeinde mancipirt und von ihr als Erbpächter gegen Erbpachtzins zurückerhält: der Erbpachtzins bildet die in perpetuum geschenkte Rente. Vgl. über diese Geschäftsform Mommsen im Hermes III S. 101 und XII S. 123. 124; auch Bachofen, Pfandrecht S. 229 und Huschke, Avitum et patritum, in der Z. für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 185 fg., welche beiden letzteren Schriftsteller aber an eine Rückübertragung zu Eigenthum gegen eine dem Eigenthum obliegende Reallastrente denken, was ich nicht für begründet halte. Vgl. auch die von Mommsen a. a. O. XII S. 123 allegirte Ferentinische Inschrift bei Gruter 461, sodann Livius XXXI 13.

Man hat in solchen Fällen von einer passiven Singularsuccession in das Obligationsverhältniß des Vorgängers gesprochen; mit Unrecht: vielmehr entsteht durch die Veräußerung an den Emphyteuta, durch die Verafterpfändung u. s. w. eine neue obligatorische Pflicht des Erwerbers, ganz ebenso, wie wenn bei diesen Geschäften ein ausdrückliches Restitutionsversprechen gegeben worden wäre; die causa dieser obligatorischen Verpflichtung liegt nicht in dem ursprünglichen Emphyteusen- oder Verpfän-

bestand, vgl. Heusler in Goldschm. Zeitschr. XXV S. 416, Brunner, zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde S. 197; und es zeigt sich auch hier, daß das römische und deutsche Recht nicht jene unversöhnlichen Gegensätze aufweisen, die man vielfach angenommen hat.

dungsvertrage, sondern in dem nachfolgenden Veräußerungs- oder Afterpfandvertrage: der Erwerber restituirt nicht, weil dies aus dem ursprünglichen Emphyteusen- oder Verpfändungsvertrage, sondern er restituirt, weil dies aus seinem eigenen Erwerbsvertrage hervorgeht; er restituirt daher auch nur gemäß seinem Erwerbsvertrage: lautet dieser von dem ursprünglichen Pfandvertrage abweichend, so kann er zwar möglicherweise von dem Eigenthümer kraft seines dinglichen Rechtes ohne Rücksicht auf denselben ausgetrieben, er kann aber nur gemäß demselben zur Restitution obligatorisch angehalten werden.

Damit ist zugleich der Unterschied zwischen dieser Rechtsform und zwischen der Reallast gegeben; bei der letzteren obliegt die betreffende Verpflichtung dem Eigenthümer oder dem Besitzer einer Sache ohne Rücksicht auf die Art des Erwerbs; sie obliegt ihm, weil diese Verpflichtung in rechtsbeständiger Weise an Besitz oder Eigenthum der Sache geknüpft ist; in unseren Fällen dagegen obliegt die Verpflichtung nur dem bestimmten Erwerber kraft seines bestimmt qualifizirten Erwerbsvertrags; die Verbindlichkeit ist nicht an Besitz oder Eigenthum des Grundstücks gekettet, sie knüpft sich nur an den bestimmten Erwerbsakt: sie bezweckt es, die Tendenzen und Ziele dieses Erwerbsaktes, die richtige Abwicklung der aus demselben sich entspinnenden rechtlichen Complicationen zu fördern [1]). Ganz so verhält es sich im Fall des Usufruktus, sobald der Usufruktuar seinen Genuß weiter begibt, ganz ebenso auch in den Lehensverhältnissen, da, wo eine Veräußerung des Lehens ohne den dominus erfolgen kann, in Verlagsverhältnissen da, wo ausnahmsweise eine Veräußerung des Verlagsrechts ohne den Autor statthaft und wirksam ist, vgl. mein Autorrecht S. 290 fg. [2]) Dadurch

1) Eine Ahnung des Richtigen hat bereits Negusantius, tractatus de pign. et hypoth. VII 2 § 4—6 (Ed. Lugduni 1562) p. 483 fg.

2) Daß die Parallele dieser letzten zwei Institute mannigfach anstoßen

unterscheiden sich diese Verpflichtungen auch von derjenigen in rem scribirten Verpflichtung, welche sich an die servitus oneris ferendi anlehnt, fr. 6 § 2 si servit. vind.; denn diese geht aus der Thatsache der Servitutenbelastung von selbst hervor, ohne Rücksicht auf das Erwerbsgeschäft, aus welchem das mit der Servitut belastete Grundstück erworben wird. Immerhin hat sie aber mit den vorhin geschilderten Verpflichtungen das gemein, daß sie nicht willkürlich mit dem Grundstücke in Connex gebracht ist, sondern zur Realisirung der auf dem Grundstücke haftenden Servitutenlast dient. Aehnlich, wie mit dieser Verpflichtung des Belasteten, verhielt es sich ehemals mit dem pactum de vendendo bei der Hypothek, welches gleichfalls eine obligatorische Beigabe zu dem dinglichen Pfandrecht bildete, indem der Verpfänder sich verpflichtete, den Verkauf zu dulden und dadurch die Realisirung des Pfandrechts zu fördern; erst später wurde das Verkaufsrecht ein Attribut des dinglichen Rechts. Ganz ähnlich erging es mit jenen pacta et stipulationes des römischen Provinzialrechts, deren Wirkung auf die Singularsuccessoren bezogen wurde, so daß die daraus entspringende Verpflichtung auf dem Provinzialgebiete die Servitut ersetzte, Jhering, Jahrb. X S. 556 fg., vgl. hierzu auch fr. 36 de S. P. R.; ähnlich verhielt es sich auch mit dem Rechte des Fideicommissars auf missio in bona gegen den Besitzer der Fideicommißsache, einem obligatorischen Rechte gegen den dritten Inhaber zur Realisirung des Vermächtnißgedankens. Dies war aber auch die Schranke des römischen Rechtes: es gestattete eine Belastung des Grund und Bodens nur als Mittel zur Verwirklichung oder doch zur Beförderung dinglicher Zwecke; es gestattete sie insoweit, als

werde, habe ich vorhergewußt und dem auch an der bezeichneten Stelle Ausdruck gegeben. Gerade deßhalb habe ich dort auch das tertium comparationis besonders scharf betont. Mißverständnisse, die sich nichtsdestoweniger erheben mögen, berücksichtige ich nicht.

solche Verpflichtungen dazu dienten, bestimmte, in der Eigenthumsordnung liegende, Zwecke zu realisiren[1]); eine Schranke, welche auch das deutsche Recht nicht so eminent überschritten hätte, wenn es nicht bei der Zersplitterung der publiken Gewalten die publiken und privaten Rechtssphären völlig vermischt und die publiken Gewalten in den Privatverkehr herabgezogen hätte; eine Schranke, welche, nach Zerstörung der mittelalterlichen Feudalverfassung, der Code civil (a. 686. 698) wieder aufgerichtet hat als Wahrzeichen für die Gesetzgebung der Zukunft: Zulässigkeit von auf die Sache gelegten Verpflichtungen, aber nur, um die Zwecke der dinglichen Rechtsordnung zu fördern!

Eine solche Verbindlichkeit des dritten Pfandrechtserwerbers und Pfandbesitzerwerbers ist denn auch im Mittelalter allgemein anerkannt worden auf Grund des c. 6 X de pign. (3, 21), welches übrigens nur dasselbe besagt, was die cit. c. 2 si pignus pignori; es wird dem Verpfänder, gegenüber dem Afterpfandbesitzer, der Ausspruch gegeben: ipsas (sc. possessiones) tibi restituendas esse — et te per nuncium nostrum in

1) Die Behauptung Bachofen's und Huschke's a. a. O., daß das römische Recht zu beliebigen privatrechtlichen Reallasten gelangt sei, ist unerwiesen. Daß es publike Bodenzinsen kannte, ist allerdings sicher, und zwar in mannigfacher Anwendung, vgl. c. 2, c. 3 de annona et trib., fr. 4, fr. 5 de cens., lex agraria (a. 643) l. 19. 20, Cicero, de lege agraria orat. III c. 2 § 9; allein vor einer unbedingten Benützung publiker Mittel im Privatrecht hat sich das röm. Recht wohl gehütet. Auch die Frohnden in c. 98 der lex Ursonensis sind Gemeindefrohnden; die in der neu entdeckten interessanten Inschrift bezüglich des saltus Burunitanus (Mommsen, Hermes XV S. 385 fg.) allegirten Frohnden aber sind keine Realfrohnden, sondern Frohndienste, wie sie den coloni der kaiserlichen Domanialgrundstücke kraft des Pachtvertrags oblagen; wenn auch, wie natürlich in solchen Fällen, die Pachtgrundsätze ein und für allemal reglementmäßig festgesetzt waren, so daß sich jeder Colone durch Eingehung des Pachtvertrags wissentlich oder unwissentlich denselben unterwarf, vgl. Mommsen ib. S. 392 fg., 402 fg. Litteratur über die ganze Frage s. bei Windscheid § 220 und bei Wächter, Superficiar- oder Platzrecht S. 86 fg.

possessionem induci fecimus corporalem. Vgl. über die mittelalterliche Doctrin insbesondere Negusantius, tractatus de pign. et hypoth. VII 2 § 1—6 (Lugduni 1562) p. 482 fg., Durantis, Speculum IV p. III rubr. de pignor. et aliis cautionibus (Ed. Francof. 1668) p. III und IV pag. 326.

Wenn unserer Ausführung das fr. 2 de pign., das fr. 31 (32) pr. neg. gest. und das fr. 27 de pign. act. wirklich entgegenstünde, so müßte man sagen, daß diese Stellen auf einem Stande der Entwicklung sich befänden, welcher durch die spätere, noch unter Diocletian nicht erstorbene, Entwicklungskraft des römischen Rechts überholt worden ist. Allein sie haben auch noch im Justinianeischen Rechte ihren guten Sinn. Denn, was zunächst das fr. 27 cit. betrifft, so liegt hier der Fall ganz anders: hier wird nicht eine Sache verpfändet und dann vom creditor weiterbegeben, sondern hier gibt der Eigenthümer lediglich seine Zustimmung dazu, daß der Andere ein Pfandrecht neu begründe; die Neubegründung des Pfandrechts involvirt aber eine Restitutionspflicht nur an den Verpfänder, nicht an den Eigenthümer, wenn dieser auch zu der Verpfändung seine Zustimmung gegeben hat [1]). Das fr. 2 cit. aber (aus dem 3. Buche von Papinians Responsen) setzt ein Mandatsverhältniß zwischen dem Bürgen, welcher kraft Cession der Forderung das Pfandrecht erwirbt, und dem debitor voraus; unter diesen Umständen wird gesagt, der debitor habe die actio mandati, nicht die actio pigneraticia — leicht begreiflich auch von unserem Standpunkte aus; denn die dem Bürgen als Pfanderwerber obliegende Restitutionspflicht geht in dem Mandatsverhältnisse auf: es besteht nicht eine specielle Restitutionspflicht neben der all-

1) Vollständig der Fall des fr. 27 cit. findet sich in einer Urkunde v. 1249 bei Meichelbeck, Historia Frisingensis II 2 nr. 13 p. 7; vgl. darüber auch Häberlin, Systematische Bearbeitung der in Meichelbecks Historia Frisingensis enthaltenen Urkundensammlung S. 149 fg.



gemeinen Verpflichtung des Mandatars; ganz ebenso, wie im Falle einer Uebergabe der Sache an den Mandatar zur Restitution an seinen dominus, der letztere mit seinem Mandatsanspruch vorzugehen hat, nicht mit der utilis actio der c. 8 ad exhib. und der c. 19 § 4 de usur. Aehnlich verhält es sich mit dem, ebenfalls aus dem dritten Buche der Responsen Papinians stammenden, fr. 31 (32) neg. gest., welches sich offenbar, wie der ganze Parallelismus beider Stellen beweist, an das fr. 2 cit. unmittelbar anschloß:

fr. 2 cit.:	fr. 31 (32) cit.:
1) fidejussor, qui pignora vel hypothecas suscepit	1) fidejussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam ejus non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit
2) atque ita pecunias solvit	2) et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse
3) si mandati agat vel cum eo agatur	3) ob eas res judicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit
4) exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet.	4) in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fidejussor non videtur.

Der Zusatz: creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur, bezog sich ursprünglich auf beide Stellen. — Gegen diesen Zusammenhang der Stellen spricht nicht die Responsenqualität; denn einmal wird Papinian seine

Responsen, bevor er sie sammelte, stilistisch überarbeitet haben, sodann sind jedenfalls viele Responsen nicht auf wirkliche, sondern nur auf hypothetische praktische Fälle gemünzt [1]). — In diesem fr. 31 (32) nun ist der richtige Entscheidungspunkt derselbe, wie vorhin: die specielle Restitutionspflicht geht in dem allgemeinen Verpflichtungsnexus des negotiorum gestor auf; und wenn es heißt: negotiorum gestorum actio utrique necessaria erit, so ist das nur gesagt zum Ausschluß der actio mandati. Dieses „Aufgehen" beruht aber auf dem allgemeinen juristischen Satze, daß, wo immer ein Rechtseffekt auf einem umfassenderen juristischen Verhältniß beruht, er nicht zugleich auf ein Specialverhältniß zu bauen ist; denn in dem Zusammenhange des umfassenderen Verhältnisses bekommt das Specielle seine besondere Beleuchtung, seine eigenartige Färbung, welcher man es entzieht, wenn man es aus dem Zusammenhange reißt und bloß als ein Specielles behandelt. Um die Sache praktisch zu nehmen, denke man nur an die, aus demselben Mandats- oder Negotiorumgestorenverhältnisse entspringenden, Gegenansprüche, welche vielleicht von dem Mandatar oder Negotiorum Gestor dem Restitutionsanspruche des Verpfänders entgegengehalten werden können: der Verpfänder kann dem nicht entgehen, indem er den Restitutionsanspruch auf eine fremde Basis stellt [2]).

Mit der Restitutionspflicht hängt zusammen die Schadenersatzpflicht wegen mangelnder Diligenz in der Behandlung und in der Verwahrung der Sache; denn die mangelnde Diligenz ist nur das rechtliche Motiv dafür, daß der Restitutionspflichtige

1) Vgl. Bremer, Rechtslehrer und Rechtsschulen S. 13.

2) Hiermit steht die abstracte condictio Baron's (Abhandlungen aus dem röm. Civilproceß I) nicht im Widerspruch. Denn, wenn es auch, was hier nicht zu prüfen ist, mit dieser abstracten Klage seine Richtigkeit hat, so war diese Klage jedenfalls nur abstract für das Verfahren in jure, während dieselbe in judicio, wie jede andere, speciell zu substantiiren und so das gesammte Schuldverhältniß zu entwickeln war. Vgl. auch Baron ib. S. 11.

trotz des Untergangs der Sache restitutionspflichtig bleibt, sowie, daß er durch Restitution der verschlechterten Sache sich nicht liberirt, vgl. auch Hartmann, Obligation S. 195 fg., 199 fg., 243 fg. Daher ist mit der Frage über die Restitutionspflicht zugleich die Frage entschieden, ob auch der Erwerber des Pfandgenusses für Diligenz einsteht, vgl. auch die erwähnten fr. 2 de pign. und fr. 31 (32) pr. de neg. gest.: der Erwerber ist restitutionspflichtig nach Maßgabe des Pfandverhältnisses, er hat daher auch die Diligenz des Pfandbesitzers zu beobachten. In den oben erwähnten Fällen, wo die Restitutionspflicht in dem Mandats- oder Negotiorumgestorenverhältnisse aufgeht, ist die entsprechende Diligenzhaftung ex mandato oder ex negotiorum gestione schon an sich mit der des Pfandgläubigers ziemlich identisch; wo sie geringer wäre, müßte sie nach Maßgabe des Pfandverhältnisses verschärft werden, vgl. das fr. 2 cit.: exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet — nicht als ob hier Pfand- und Mandats- oder Gestorenverhältnisse durch einander liefen, sondern weil die letzteren Verhältnisse je nach den Umständen des Falles einer verschiedenen Abstufung der Haftung fähig sind. Die Haftung ist eine Haftung für omnis culpa, fr. 13 § 1, fr. 24 § 3 de pign. act., für diejenige culpa, welche bei normaler wirthschaftlicher Diligenz vermieden wird, Windscheid § 382 No. 8.

Die Diligenz kommt aber, speciell bei dem Pfandrecht, nicht nur in Gestalt der behandelnden und verwahrenden Diligenzpflicht in Betracht, sondern auch, mindestens bei dem Vif-gage, noch in der Art, daß der Pfandgläubiger sich nicht nur diejenigen Früchte anrechnen muß, welche er bezogen hat, sondern auch, welche er bei entsprechender Diligenz hätte beziehen können, c. 3 de actione pignerat. Und dieses gilt in gleicher Weise auch dann, wenn der Pfandgenuß einem Dritten verkauft oder in Afterpfand gegeben ist, — nach Maßgabe der obigen Ent-

wicklungen. Es ist dabei möglich, daß im Verhältniß zwischen dem ersten Pfandgläubiger und dem Afterpfandbesitzer eine andere Berechnung stattfindet, als in dem Verhältniß zwischen dem Verpfänder und dem ersten Pfandgläubiger, sofern etwa durch besondere Vereinbarungen der Maßstab der Diligenz in verschiedener Proportion abgestuft wurde.

Ist eine Mehrheit von in gleichem Grade stehender Genußberechtigten vorhanden, so kann eine vorläufige, wie eine definitive Abtheilung zwischen denselben stattfinden, und ein Jeder ist berechtigt, auf provisorische Regelung und auf definitive Abtheilung zu klagen, ganz wie bei mehreren in possessionem legatorum servandorum causa missi, fr. 7 § 6 und 8 comm. divid. Eine Mehrheit von Genußberechtigten kann auch in der Art eintreten, daß der Eigenthümer die Sache nur zu einem Bruchtheil verpfändet; und bei der Antichrese auch dann, wenn der Schuldner mit Bewilligung des Gläubigers eine Theilzahlung macht: denn, wenn auch kein Theil der Sache frei wird, so lange nicht das Ganze bezahlt ist, so hat doch nunmehr das Pfandrecht nur noch Ausbeutekraft bezüglich des restirenden Kapitals und bezüglich der diesem Restkapital entsprechenden Genußrente; und da nun der volle Ertrag der Sache der vollen Genußrente gleichgestellt ist, so muß der verminderten Genußrente ein verminderter Theil des Sacherträgnisses zugemessen werden.

Mit der totalen Ausbeute des Pfandgläubigers ist auch die Tragung der Totalität der Genußlasten verbunden; ebenso mit der totalen Ausbeute des Käufers des Pfandgenusses und des Afterpfandgläubigers; ich sage „die Tragung der Lasten" nicht „die Verpflichtung, die Lasten zu tragen": denn es kann sich der Träger der Lasten jeden Augenblick dadurch befreien, daß er sein Genußrecht preisgibt, wie dieses bekanntlich auch bezüglich der Lasten des Usufruktes und der Lasten des Eigenthums gilt, vgl. fr. 48 pr., fr. 64 de usufr., und meine Abhandlung in

der Z. für französ. Civ.recht VIII S. 181 fg. Indeß befreit diese Dereliktion nur von der Pflicht der Tragung der Last, sie befreit nicht von der Haftung für die Deterioration, sobald aus der ordnungswidrigen Unterlassung des Aufwandes bereits eine Verschlechterung entstanden ist, vgl. fr. 65 pr. de usufr. Die Ersatzpflicht wegen Deterioration bleibt trotz der Dereliction bestehen, in diesem Falle, wie in jedem andern.

Soweit dagegen ein Aufwand gemacht wird, der nicht in dem temporären Reparationsbedürfniß der Sache begründet ist, oder dessen Zweck über die Genußperiode des Pfandgläubigers hinausragt, kommt die Ersatzpflicht des Verpfänders in Frage, fr. 8 pr. und § 5 de pign. act., c. 7 § 1 de act. pign.; und es wird ein solcher Ersatzanspruch nach Analogie der Restitutionspflicht zu behandeln, daher auch dem Käufer des Pfandgenusses und dem Afterpfandgläubiger gegen den ersten Verpfänder zu gestatten sein: nach römischer Terminologie entweder mit einer actio pigneraticia utilis oder mit einer actio negotiorum gestorum, bei welcher, wie bei jeder actio neg. gest., die Umstände des Falles in Betracht kommen, vgl. fr. 30 (31) § 7 de neg. gest., c. 3 eod. Begründet ist die Ersatzpflicht, sobald der Aufwand entweder durch die bereits feststehende objektive Zweckbestimmung der Sache motivirt ist oder den subjektiven Intentionen des Verpfänders entspricht: Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem jam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria. Vgl. über die Impensenfrage auch Code civ. a. 2086. 2087 und Paul Pont II nr. 1236 fg., Dalloz, jurisprudence générale, répert. méthod. v. nantissement nr. 277 fg., Troplong, nantissement nr. 540 fg.

Von dem Impensenersatzanspruch wesentlich verschieden ist der Anspruch auf Evictionsersatz; denn, während der Impensenanspruch auf dem objektiven Verhältniß bezw. Mißverhältniß zwischen Aufwand und Sachgenuß beruht und daher von dem Er-

werber des Sachgenusses oder dem Afterpfandgläubiger auch gegen den ersten Verpfänder erhoben werden kann, stützt sich der Evictionsregreß lediglich auf das specielle Rechtsgeschäft, welchem der betreffende Erwerber sein Genußrecht verdankt: er ist daher, je nach Umständen, mit der actio pigneraticia contraria (fr. 9 pr., fr. 16 § 1, fr. 32 de pign. act. u. a.) oder mit der actio emti, aber immer nur gegen den unmittelbaren Vorgänger, geltend zu machen. Vgl. auch fr. 59 de evict.

§ 10.

Fortsetzung: Aktionenrechte des Pfandgläubigers.

Was nun aber die dinglichen Aktionen des Nutzpfandgläubigers betrifft, so ist vom Standpunkte des formgerechten Aktionensystems zu sagen, daß der eine Pfandanspruch sowohl gegen totale, als auch gegen partielle Störungen des Pfandrechts die richtige und ausreichende Hülfe bietet; ganz ähnlich, wie der eine Eigenthumsanspruch ausreicht, obgleich man ihn in eine rei vindicatio und in eine negatoria actio zerlegt hat[1]). Insbesondere ist es dieser Pfandanspruch, der auch gegen die das Nutzpfand beeinträchtigende Servitutenanmaßung eines Dritten die richtige Reaction bietet; und es ist dieser Pfandanspruch, welcher ebenso dann reagirt, wenn der Nachbar den Pfandgläubiger verhindert, das Nachbargrundstück innerhalb der Sphäre einer, dem Pfandgrundstück zustehenden, Servitut zu verwerthen, oder, vulgär ausgedrückt, eine dem Pfandgrundstück zustehende Servitut zu benützen. Die Rechtslage ist nämlich in diesem Falle die, daß mit der Verpfändung des Grundstücks von selbst auch das Nachbargrundstück innerhalb der Sphäre der Servitutenbenützung verpfändet wird[2]); eine solche Verpfändung steht

1) Vgl. jetzt auch Wendt in Iherings Jahrb. XIX S. 409.

2) Unrichtig hiergegen Sohm, subpignus S. 94; die römische Regel von der Unverpfändbarkeit der Servituten, auf die er sich beruft, hat einen ganz andern Sinn.

dem Eigenthümer des fundus dominans zu: denn die, innerhalb der Servitutengränze gehaltene, Ausbeutung des Nachbarbodens ist kraft der Servitut für sein Grundstück bestimmt und kann daher von ihm einem Jeden eingeräumt werden, dem er den Genuß seines Grundstückes einräumt: eine Losreißung von dem fundus dominans, dessen Zwecken die Servitut unabänderlich dient, durch Verpfändung ist natürlich nicht möglich, ohne die Servitut in ihrem innersten Wesen zu alteriren, und ist daher unzulässig; das ist aber bei einer Verpfändung nicht der Fall, welche gleichzeitig mit der Verpfändung des fundus dominans auch den, diesem fundus dominans dienenden, Servitutengenuß zu Pfande gibt. Der Pfandgläubiger erhält also an dem Nachbargrundstück ein Pfandrecht innerhalb der Sphäre der Servitutenausbeute, eine Wahrheit, aus welcher wir alsbald weitere Consequenzen ziehen werden. Es ist dasselbe Verhältniß, wie bei dem ususfructus an dem fundus dominans: auch dieser ist verbunden mit einem ususfructus am fundus serviens innerhalb der Sphäre der Prädialservitut. Mit Recht geben daher die Römer dem Usufruktuar in diesem Falle gegen den störenden Nachbar die vindicatio ususfructus: der Usufrukt, und nur dieser, wird verletzt; so richtig fr. 1 pr., fr. 5 § 1 si ususfr. petetur: non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum, vgl. auch fr. 1 § 20 de op. novi nunc.; und wenn die römische Jurisprudenz eine zweite Strömung aufweist [1]), wornach dem Usufruktuar utiliter die vindicatio servitutis praedii zusteht, eine Strömung, welche insbesondere von Julian gefördert wurde und in fr. 1 § 4 de remiss. (vgl. mit fr. 2 de op. novi nunc.) hervorbricht [2]), so ist dies nur ein Beweis dafür, daß die Römer,

1) Hierüber vgl. insbesondere Ihering, Abhandlungen S. 125 fg.

2) Vgl. darüber auch Karlowa, Beiträge zur Geschichte des röm. Civ.processes S. 63.

wie in der Politik, so in der Jurisprudenz wenig wählerisch in den constructiven Mitteln waren, wo es galt, einen beachtenswerthen Zweck zu erreichen, und daß die Bewunderung des römischen Formularsystems nur insofern gerechtfertigt ist, als dieses uns einen offenbaren Beweis liefert, wie der lebendige Geist mit der unvollkommensten formalen Anlage Großes schaffen kann, während die höchste formale Begabung verkümmert, wenn die treibende Kraft, der Wurf des Genies fehlt.

Derselbe Julian nun, welcher gemäß fr. 1 § 4 cit. dem Usufruktuar die utilis vindicatio servitutis praedii gewährt, gewährt sie auch dem Pfandgläubiger in fr. 16 de servit., vgl. mit fr. 1 § 5 de remiss., und ebenso Gajus fr. 9 de op. n. n. Und wie weit dieser Gedanke durchtrieb, bemerken wir an der Accommodation einiger specieller negatorischer Rechtsmittel, der actio aquae pluviae arcendae und des interdictum de arboribus caedendis zu Gunsten des Usufruktuars, vgl. fr. 1 § 4 de arb. caed. und besonders fr. 22 pr. de aqua et aq. pluv. (im Gegensatz zu fr. 3 § 4 eod.), wo Pomponius ausdrücklich den Zweifel bekämpft, ob man den Usufruktuar nicht auf die vindicatio ususfructus verweisen solle [1]). Immerhin handelt es sich hier nur um den formalen Ausdruck: in der That ist es der Ususfrukt, der Pfandanspruch, welcher in der geliehenen Maske auftritt, wie ja das römische Aktionensystem recht sehr einem Carneval gleicht, bei welchem sich die Masken beliebig vertauschen lassen. Die Maske hatte denn auch hier ihren besondern Zweck; denn mit der Servitutenklage gewährte man dem Usufruktuar und Pfandgläubiger per consequentiam die operis novi nunciatio, welche jedem zustand, welcher intendiren konnte, jus vicino non esse aedificandi invito se, fr. 2, fr. 9 de op. nov. nunc., fr. 1 § 4 und 5 de remiss. cf. fr. 5 pr.,

1) Vgl. über diese Stellen A. Schmidt, civilist. Abhandl. S. 148, Burckhard, actio aquae pluviae arcend. S. 394 fg. 412.

fr. 14 de op. novi nunc., fr. 6 § 7 si serv. vind., fr. 15 de serv. praed. urb.; weßhalb man denn auch dem Usufruktuar die operis novi nunciatio nur gegen den Nachbarn, nicht auch gegen seinen dominus gewährte. Vergl. auch Stölzel, die Lehre von der operis novi nunciatio S. 34 fg., 44 fg., 51 fg. Burckhard, operis novi nunciatio S. 82 fg. [1]).

Etwas anders verhält es sich mit den persönlichen Ersatz- und Strafklagen; wie diese für den entzogenen oder gestörten Eigenthumsgenuß die Entschädigung und Sühne bieten sollten, so konnten sie auch verwendet werden, um für den gestörten oder entzogenen dinglichen Rechtsgenuß ein Aequivalent und eine Sühnung zu gewähren: um auf diese Weise die Autorität der Rechtsordnung auch über die spezielle Form des Genusses hinaus zu wahren, um sie zu wahren, auch wenn der Genuß in seiner ursprünglichen Form durch die Einwirkung des Dritten, durch Entwendung oder Zerstörung unwiederbringlich verloren ist. Am klarsten zeigt sich dieser Schutz der dinglichen Partialrechte im Collisionsfalle, wenn die Entziehung des Genusses durch den Eigenthümer selbst erfolgt ist: hier und gerade hier muß sich erweisen, inwiefern die dinglichen Partialrechte selbstständige Sicherung finden. Wer nun aber hier eine klare, kunstgerechte Entwicklung im römischen Rechte sucht, findet sich gewaltig getäuscht; kaum läßt sich etwas Disparateres, Tastenderes, Aengstlicheres denken, als die Art und Weise, wie die röm. Juristen hier vorgegangen sind; ihre Aussprüche gleichen den Zielkugeln, die in den mannigfachsten Wendungen um das richtige Ziel herum einschlagen, richtig gezielt aber aus unvollkommenen Schußwaffen entsendet. Das kann den Römern nicht zum Vorwurf gereichen, die mit ihrem geringen Vorrath an systematischen Hülfsmitteln hier ebenso Bewunderungswerthes geleistet

1) Auch das interdictum de itinere gestattete man dem Usufruktuar, fr. 2 § 3 si serv. vind., fr. 3 § 5 und 8 de itinere actuque privato.

haben, wie in der Staatsverwaltung mit ihrer unvollkommenen Geographie, Numismatik und Mathematik. Seltsam wäre es aber, wenn wir mit unsern technisch vervollkommneten Werkzeugen der Systematik lediglich den vielfachen Irrwendungen der Römer zu folgen und unsere Feuerwaffen in der Art ihrer Ballisten und Katapulten zu handhaben hätten. Wie die römischen Juristen allmählig und zögernd dem Pfandgläubiger die actio furti, condictio furtiva, actio legis Aquiliae [1]) gaben, ist schon von Andern unter Mittheilung des Quellenapparates dargelegt worden [2]). Der vorwiegende, wenn auch nicht klar gedachte Schlußgedanke der Entwicklung ist, daß dem Pfandgläubiger als Pfandgläubiger und nach Maßgabe seines dinglichen Rechtsgenusses die genannten Ansprüche zustehen; — und dabei wurde die Frage, ob der Gläubiger den Anspruch nur dann habe, wenn demselben das Pfandrecht, wegen Insolvenz des Schuldners oder aus andern Gründen, zu seiner Befriedigung unentbehrlich ist, verschieden beantwortet, vgl. fr. 27 de pign., fr. 30 § 1 ad leg. Aquil.; ganz vorwiegend aber in dem Sinne, daß schon der Verlust der Pfandsache an sich, völlig abgesehen von allem anderen, ein Verlust sei, welcher den Sühneanspruch motivire, fr. 12 § 2, vgl. auch fr. 14 § 5 de furt.; und mit Recht: denn die Solvenz des Schuldners ist heute sicher, morgen unsicher, der Anspruch gegen den Schuldner manchen Fährlichkeiten ausgesetzt, möglicherweise noch nicht fällig

1) Von der actio arborum furtim caesarum fr. 5 § 2 arb. furt. caes., und der actio de servo corrupto fr. 14 § 4 de serv. corrupt., wo das römische Recht offenbar in der Entwicklung stecken geblieben ist, sehe ich ab.

2) Vgl. insbesondere Ihering, Abhandlungen S. 54 fg., sodann Hasse, die culpa des röm. Rechts (2. Aufl.) S. 306 fg., Schmid, Grundlehren der Cession I S. 168 fg., Dernburg, Pfandrecht I S. 397 fg., Pernice, Sachbeschädigung S. 200 fg., Stölzel, Arch. f. civ. Prax. XXXIX S. 50 fg., Hoffmann, Lehre von den Servituten II S. 280 fg., Elvers, röm. Servitutenlehre S. 311 fg.

u. s. w.; jedenfalls würde eine solche Voraussetzung den Klaganspruch schwer beweislich, unpraktikabel machen; und wenn das heutige Recht sich immer mehr von dem beneficium excussionis abwendet, so verdient um so weniger der Schuldige ex lege Aquilia eine solche Berücksichtigung — dies gegen Stölzel, Arch. f. civ. Praxis XXXIX S. 59 fg. 70 fg. Die Entwicklung führte aber weiter zum Satze, daß dem Pfandinhaber außerdem noch qua Restitutionsverpflichteten, sofern und soweit er restitutionspflichtig ist, sofern und soweit er dafür haftet, daß er das ihm anvertraute Pfand restituirt, die actio furti (und die actio vi bonorum raptorum) bezüglich des Totalwerthes der Sache zustehe, daß sie ihm zustehe gemäß und in Folge seiner Restitutionspflicht: daher auch dann, wenn das dingliche Pfandrecht nichtig ist und deßhalb nur ein obligatorisches Restitutionsverhältniß, kein dingliches Sachenrecht in Frage steht [1]). Beides wird nun allerdings von den römischen Juristen höchst gründlich durcheinander geworfen; am besten und klarsten wird noch die Sache auseinandergehalten in dem von Ulpian mitgetheilten höchst interessanten Ausspruch fr. 14 § 6 de furt.: si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero

Daß die Römer gerade hier so gründlich im Nebel tasten, beruht auf einer Eigenheit des Pfandrechtes, welche hier eingreift und das Verhältniß complicirt, auf einer Eigenheit, welche von

1) Wogegen der Anspruch cessiren würde, wenn der Restitutionsberechtigte auf die Restitution verzichtet hätte und mithin eine Restitutionspflicht nicht mehr vorhanden wäre, fr. 91 (90) pr. de furt., Jhering, Abhandl. S. 55, Mommsen, Erörterungen I S. 92.

ihnen allerdings mit vieler Feinheit herausgefühlt, aber nicht mit vollendeter Klarheit durchgedacht worden ist. Das Pfandrecht hat nämlich keine selbstständige vermögensrechtliche Qualität, sondern es ist nur das Hülfsmittel zur Erzielung eines bestimmten (anderweitig geschuldeten) [1]) Vermögensbetrags; es würde seinem Zweck und seiner Anlage widersprechen, wenn es in Folge irgend welcher Complicationen dem Gläubiger mehr bieten würde, als die Zahlung seiner Schuld, wenn es aus seiner Zweckqualität, als Mittel der Herbeiführung eines Werthbetrages, zur Qualität eines Vermögensbereicherungsmittels aufsteigen würde. Mit Recht bemerken daher die Römer, daß die Bestellung eines Pfandes keine Vermögensvermehrung und darum keine Schenkung ist, fr. 1 § 19 si q. in fraud. patr.; und mit Recht wird daher entschieden, daß der Pfandgläubiger auch den zufälligen Sachgewinn sich aufrechnen lassen müsse, so z. B. der Pfandgläubiger eines nomen die zufällige Erweiterung, welche diesem nomen zukommt. Daraus folgt, daß der Pfandberechtigte qua Pfandberechtigter mit diesen, der Pfandberechtigung correspondirenden, Entschädigungs- und Strafklagen nicht mehr erzielen kann, als die Deckung seiner Forderung, als den Betrag der Pfandschuld [2]). Was das Recht in seinem ungestörten Genusse bestimmungsgemäß auch nicht in seiner günstigsten Situation hätte erzielen können, das kann nicht durch die Störung des Genusses indirekt erzielt werden. Der Gläubiger erhält daher qua Pfandberechtigter Entschädigung und Sühne nur bis zum Betrag der Pfandforderung und hat diesen Betrag sich anzurechnen; er erhält möglicherweise weniger als seine Forderung, wenn das Interesse an der Pfandsache mit Anrechnung der Sühnesteigerung weniger beträgt, niemals aber mehr. Vgl. insbesondere die interessante Entscheidung des fr. 14

1) So in der Regel, vgl. übrigens oben S. 48.

2) Eine scheinbare Ausnahme s. unten.

§ 7 de furtis: sind zwei verpfändete Sachen zugleich gestohlen, so erhält der Gläubiger die actio furti nur, pro qua parte, in singulos diviso eo quod ei debetur, ejus interest: er erhält daher für jedes Objekt nur eine verhältnißmäßige Quote der Schuldsumme, so daß beide Quoten zusammen seinen Forderungsbetrag ausmachen [1]). Diesen Betrag bekommt er, kraft seines gestörten dinglichen Rechts; daher nur, wenn das Pfandrecht gültig ist; er bekommt ihn aber in diesem Falle immer, auch wenn ihn bezüglich des Zustandekommens des delicticischen Ereignisses keine culpa trifft und daher seine Restitutionspflicht cessirt; ja er bekommt ihn, selbst wenn die Sache in der Detention des Verpfänders abhanden gekommen ist. Anders verhält es sich mit derjenigen actio furti, welche dem Pfandinhaber kraft seiner Restitutionspflicht und kraft des ihm hiermit obliegenden Risico's zukommt; diesen Anspruch hat er, insofern und insoweit eine Restitutionshaftung besteht; soweit aber eine solche besteht, hat er ihn, in derselben Weise, wie der Commodatar oder der Conductor oder ein sonstiger Restitutionspflichtiger, fr. 14 § 16 de furt., § 2 J. vi bon. rapt., vgl. auch fr. 2 § 23. 24 eod.: er hat ihn, auch wenn das dingliche Pfandrecht nichtig, wenn es bereits erloschen ist, wie dies in fr. 14 § 6 de furt. scharfsinnig ausgeführt wird. Wenn nun aber beide Ansprüche zusammentreffen, indem der Pfandgläubiger sowohl dinglicher Pfandgläubiger als auch Restitutionshaftender ist, so muß das, was der Pfandgläubiger aus dem erstern Anspruch erlangt, an demjenigen in Abzug kommen, was ihm aus dem zweiten zu leisten ist, da dieser zweite Anspruch dem Gläubiger wegen der obliegenden Restitutionspflicht und zu ihrer Deckung gegeben ist, und diese Restitution eben doch nur gegen Tilgung der Schuld zu erfolgen hätte; daher das Diebstahlsdelikt, indem es die Restitu-

1) Auch die cautio damni infecti geht auf nicht mehr, als auf die Schuldsumme, Burckhard, cautio damni infecti S. 308.

tionsgefahr herbeiführt, damit zugleich auch implicite die Verletzung des Pfandrechts mit enthält: der Pfandgläubiger ist, indem er die entwendete Sache ersetzen muß, einmal um den Betrag seiner Forderung geschädigt, soweit solche in dem Werthe des Pfandes enthalten ist; sodann um das plus, um welches der Werth des Pfandes die Forderung übersteigt und welches er dem Verpfänder ersetzen muß; weßhalb natürlich auch das, was er für die erste Schädigung erhält, an derjenigen Totalsumme abgehen muß, welche er für die Schädigung des Restitutionsinteresses zu erhalten hat.

Dasjenige nun, was der Pfandgläubiger über den Betrag der Pfandschuld qua Restitutionspflichtiger erhält, braucht er dem Verpfänder nicht zu restituiren, es verbleibt ihm und nur ihm; denn dieser Gewinn kommt ihm nicht kraft seines Pfandrechts, sondern kraft seiner obligatorischen Verantwortlichkeit zu, er kommt ihm ja auch zu, wenn das Pfandrecht nichtig ist; und es wäre ein seltsames Resultat, wenn der Pfandinhaber im Falle des nichtigen Pfandrechts die Diebstahlbuße behalten, im Falle des gültigen aber dieselbe restituiren müßte; oder wenn er sie in dem Falle restituiren müßte, wo der Diebstahl während des bestehenden Pfandrechts, dagegen nicht, wenn er, wie im Falle des fr. 14 § 6 de furt., nach Tilgung der Schuld und Erlöschen des Pfandrechts stattgefunden hat; sie kommt ihm ebenso zu, wie dem conductor im Fall des fr. 6 locati. Die entgegenstehende Entscheidung des Paulus fr. 15 pr. de furt. verwechselt vollkommen beide Arten von Ansprüchen; sie kann übrigens zur Noth dahin gedeutet werden, daß der creditor, auch wenn ihn keine culpa und daher keine Restitutionshaftung trifft, nichtsdestoweniger die actio furti statt des Eigenthümers und in dessen Interesse auf das Ganze erheben könne und dann den Ueberschuß restituiren müsse, vgl. auch fr. 88 (87) de furt. und das von analoger Anschauung getra-

gene fr. 21 § 3 de pign. Und das fr. 22 pr. de pign. act., welches man hiergegen vorhalten könnte, spricht[1]) nur von einem Anrechnen, einem imputare, nicht von einem Restituiren, und ist insofern wirklich im Rechte. Beträgt der Werth des Pfandes 2500, der Betrag der Forderung 2500, so beträgt die Summe der Diebstahlsbuße, sofern eine Restitutionshaftung des Pfandgläubigers nicht in Frage steht, 2500, als den nicht übersteigbaren Belauf seiner Forderung; wenn dagegen eine Restitutionshaftung des Pfandgläubigers vorliegt, beträgt sie das volle Duplum des Pfandobjektes, also 5000 M., worin der Betrag von 2500 M. sich mit der Forderung ausgleichen und dieselbe vollkommen tilgen muß, und 2500 M. bei dem Gläubiger bleiben, als Entschädigung für die Gefährdung der geschuldeten Restitution. In jedem Falle also muß der Creditor den Betrag von 5000 M. zuerst auf die Schuld von 2500 M. aufrechnen, soweit es geht, und nur der Rest ist sein Gewinn, ist das Aequivalent für die außerdem ihm bereitete Gefahr des Nichtrestituirenkönnens; der Grund dieser Aufrechnung ist oben entwickelt worden.

Schwierigkeit bietet nur der Fall, wo der Schuldner und Eigenthümer der Sache selbst das furtum begeht. Daß hier die actio furti gegen den Eigenthümer der Sache statthaft ist, — sofern nur ein Pfandrecht wirklich besteht, welches durch das furtum verletzt wird, unterliegt keinem Zweifel, vergl. Gajus III 204, § 10 und 14 (16) J. de obl. quae ex delict., Paulli S. rec. II 31 § 19, fr. 3 de pign. act., fr. 12 § 2, fr. 19 § 6, fr. 20 pr., fr. 67 (66) pr. de furt., fr. 17 ad leg. Aquil., fr. 27 de pign., vgl. auch fr. 7 § 4 de dolo, fr. 9 § 1 de servo corrupto, fr. 20 § 1 de furt., fr. 12 ad leg. Aquil.; und auch Bachem, Unterschied zwischen dem furtum des röm.

1) In dem hierher gehörigen Theil.

Rechts und dem Diebstahl S. 19. Hier kann natürlich die actio furti nur kraft des durch das furtum verletzten dinglichen Pfandrechts, nicht kraft der dem Pfandinhaber obliegenden Restitutionshaftung erwachsen. Hier aber auch kann die gewöhnliche Regel, wornach die Diebstahlsbuße, welche der Pfandgläubiger kraft des verletzten Pfandrechts erhält, sich nur auf die Schuldsumme beläuft und zur Tilgung dieser verwendet werden muß, nicht gelten, weil sonst die Ahndung des furtum völlig wegfiele und der Schuldner kraft des furtum nur dasjenige bezahlen müßte, was er ohnedies schuldet: in diesem Falle kann der Gläubiger die Diebstahlspön und die Forderung cumuliren; in diesem Falle erhält er mehr, als er kraft seiner Forderung zu erhalten hätte. Aber dieses steht mit dem obigen Princip nicht im Widerspruch; denn der Schuldner hat durch diese Treulosigkeit nicht nur das Pfandrecht des Gläubigers angetastet, sondern auch seine Pflicht als Schuldner verletzt; nicht nur das Pfand, sondern auch die Obligationsschuld schreit nach Rache. Dem entspricht es vollkommen, daß in diesem Falle die Buße nicht auf den Betrag der Forderung beschränkt ist, sondern sich auf das Duplum der Forderung beläuft, nur daß natürlich das Duplum des Sachwerthes nicht überschritten werden darf, vgl. fr. 22 pr. und § 1 de pign. act. cf. auch fr. 88 (87) de furt. Von ähnlichen Erwägungen ist auch die Entscheidung des Marcian in fr. 16 § 3 de pign. getragen, wornach der Schuldner, welcher dolo malo desiit possidere, zu verurtheilen ist, quanti actor in litem juraverit — nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur? Wozu der, in der actio in rem steckende, Deliktsanspruch, wenn er nichts weiter bieten würde, als der ordentliche Forderungsanspruch? Vgl. Dernburg II S. 316.

Natürlich habe ich mich bei der seitherigen Erörterung stets

auf den Standpunkt der positiven Geltung der actio furti gestellt. Es liegt indeß Niemanden ferner, als mir, eine solche positive Geltung in dem heutigen deutschen Rechte zu behaupten; und ich lasse es auch dahingestellt, ob nicht heutzutage die condictio furtiva aushülfsweise auf alle Fälle der actio furti auszudehnen ist. Indeß habe ich diese Entwicklungen gegeben, weil sie nicht nur theoretisch interessant sind, sondern auch in die verschiedensten praktisch wichtigen Fragen einschlagen.

§ 11.
Theorie des Nutzpfandes nach deutschem Recht.

In dem Folgenden soll nun aus den deutschen Rechtsquellen bewiesen werden, daß das deutsche Satzungsrecht im wesentlichen zu denselben juristischen Consequenzen führt, wie wir dieselben für das römische Nutzpfand entwickelt haben.

Es ist oben betont worden, daß der Genuß des Nutzpfandgläubigers voller Gebrauchs- und Fruchtgenuß ist; dasselbe wird in den deutschen Urkunden mit der ihnen eigenthümlichen Anschaulichkeit oder, wenn man will, mit der ihnen eigenen ausschweifenden Art der Redewendungen geschildert. So in einer Urkunde v. 1267 bei Aettenkhover, Kurzgefaßte Geschichte der Herzoge von Bayern (1767) Beil. p. 180: cum — omnibus judiciis, juribus, advocatiis et universis aliis eorum pertinentiis, agris, pratis, pascuis, silvis, molendinis et aquarum decursibus, cultis et incultis, quaesitis et inquirendis; so in einer Urkunde v. a. 1377 im Fürstenberger Urkundenb. II 471 p. 307: allu minu reht, die ich da selber hab, es sige an lut, an gut, an gerieht, an vogtyen, an vogtrehten, an sturen, an erbe, an vallen, an zwing, an banne, mit holtz, velde, wasser, wune und waide, und gemainlich mit aller der selben zugehorde, nutzen und rehten, als ich die untz her genossen; und eben-

so wird in unzähligen Urkunden die Sache verpfändet cum omnibus attinentiis: prata, nemora, saltus, aquarum decursus u. s. w., vgl. z. B. Urk. v. 1283 bei Lacomblet II 782 p. 458; dem Gläubiger steht zu omnis fructus, omnia jura, also insbesondere auch die jura in re aliena, vgl. z. B. Urk. 1176 Lacomblet I 455 p. 320, namentlich auch die mit der Sache verknüpften Hebungen: cum omnibus et singulis precariis pecuniariis Urk. v. 1350 Meklenburger Urk.buch X 7041 p. 350; cum omni libertate, judicio majori et minori et precaria, fructu et utilitate ac singulis aliis proventibus Urk. v. 1326 ib. VII 4778; mit aller Zubehörde an luden, an tolne, an richte — — an tegheden, an lenware gestlik edder werlik Urk. (des Erzbischofs Albert von Bremen) v. 1375 Bremer Urk.buch III 470 p. 433. Und so, zusammenfassend, eine Urkunde von 1397 (Urkundenbuch der Stadt Quedlinburg I bearb. von Janicke) nr. 230 p. 200: Dusse — hove landes schal (der Pfandgläubiger) allejarlikes ghebruken, liker wis alse sin eygen si, alse langhe wente — — (bis zur Einlösung); so Urk. v. 1366 im Hoyer Urkundb. I 192 p. 126: to besittene unde to brukene ane ienigherleye hinder unde bewernisse unzer unde unzer erven unde voghede — —; so Urkunde v. 1413 ib. VI nr. 61 p. 47: vorsette unde vorpande ene rechte sate unde vor en recht pand unde ute mynem weren late in ere hebbene were. Es wird hervorgehoben, daß der Pfandgläubiger nicht nur die kultivirten, sondern auch die unkultivirten Plätze zur Kultur bekommt, also die Pfandsache in ihrem Wesen ändern kann; unzähligemale ist gesagt, er erlange das Nutzungsrecht an Landstrichen versuocht und unversuocht = culta et inculta [1]), z. B. Urk. v. 1317

1) Vgl. Lexer, mittelhochdeutsches Wörterbuch. Cum terris cultis et incultis bereits Urk. v. 867 im Cart. de Redon nr. 68 p. 53. Die Ausdrucksform ist offenbar von den Eigenthumsübertragungsgeschäften herüber-

Urk.buch des Landes ob der Enns V 191 p. 185, v. 1331 ib. VI 13 p. 14, v. 1333 ib. VI 88 p. 97 u. s. w.; auch gesucht, ungesucht, so Urk. v. 1327 ib. V 476 p. 469, v. 1329 ib. V 560 p. 558; auch besucht, unbesucht, so Urk. v. 1305 ib. IV 509 p. 473, v. 1306 ib. IV 550 p. 572, Urk. v. 1418 (s. Beilage)[1]). Es wird als selbstverständlich betrachtet, daß das Pfandrecht am Hause, nach dessen Zerstörung, an dem Hausplatze fortdauert, wie dies aus den Stellen über die Gefahrtragung hervorgeht, wornach der Schuldner sich nur durch völlige Preisgebung der area befreien kann. Und anderseits: wie im römischen Rechte die Hälfte des Schatzes dem Pfandgläubiger nicht zukommt, so wird in einer Urk. v. 1472 Fürstenberger Urkb. III 592 p. 421 dem Eigenthümer der Schatzerwerb vorbehalten; ebenso freilich auch die Silberbergwerke: die silberberg und verborgin schätz, obe die in der selben herrschaft erfunden wurden. Anders die in der Note citirte Urkunde von 1374.

Die Ausbeute kann auch nach deutschem Rechte eine direkte und eine indirekte sein; bei der direkten ist der wirkliche Reinertrag oder bezw., wenn die Ausbeute im Gebrauche besteht, ein der Schätzung des Lebens entsprechender Gebrauchszins aufzurechnen; sofern der Pfandvertrag nicht ein antichreti-

---

genommen, wo sie sich schon in frühester Zeit findet, z. B. Urk. v. 756 Cod. dipl. Fuldensis (Dronke) 9 p. 5, von 765 ib. 26 p. 16, v. 831 ib. 484 p. 213, so noch Urk. v. 1447 in Jung Miscellan. IV p. 51 u. s. w.

1) So oder ähnlich auch Urk. v. 1332 Baur, hessische Urk. V 296 p. 268, Urk. v. 1333 bei Böhmer, Urkb. v. Frankfurt I p. 526 und p. 527, Urk. v. 1339 Mon. Boica XL 143 p. 300, v. 1345 ib. XLI 54 p. 143, v. 1365 ib. XLII 153 p. 408. Vgl. auch Urk. v. 1284 ib. XXXVII 472 p. 563: cum — — quesitis et non quesitis, Urk. v. 1356 in Zeitschr. f. Gesch. d. Oberrheins XX p. 457: gebuwens und ungebuwens, fundens und unfundens —, Urk. v. 1374 in Sattler, Geschichte Würtenb. II, Beil. nr. 153 p. 186: besucht und unbesucht, fundens und unfundens, ob erde und under erde —.

scher ist, oder sofern nicht der Jahresertrag zu einer bestimmten Schätzung veranschlagt wurde. So treffend die Assisen von Jerusalem, Cour des bourgeois ch. 32 (Beugnot II p. 37): Et cil fu manant dedens la maison, si deit estre conté le luage sur sa dette tout autant come uns autre home i aureit doné de luage. Die indirekte Ausbeute geschieht durch locatio, und ist dann der Bestandzins, sofern er den Verhältnissen des Lebens entspricht, als maßgebend in Ansatz zu bringen; was sich um so leichter arrangirt, wenn diese Art der Ausbeute bereits bei dem debitor begonnen und sodann nur bei dem creditor fortgesetzt wird; so Urk. v. 1219 bei Wyß, hessisches Urkundb. I p. 5: domos — — pignori obligavit et incole earundem domorum ipsas — pro certa pensione annuatim persolvenda receperunt. Auch die Verleihung des Gutes an den Debitor selbst, gegen einen Zins, findet sich im deutschen Recht, z. B. Urk. v. 1301, Urkundb. des Landes ob der Enns IV 379 p. 388 [1]); wobei der Leihzins auch ein geringfügiger, bloß recognitiver sein kann, z. B. Urk. v. 1335 in den Monumenta Boica V p. 481, wo gesetzt wird ze einen rechten ledigen Furpfant daz Dyens Lehen, daz auch sein recht aygen ist — — mit allen Rechten und Nuzen, und sullen auch ab demselben Furpfant nemen, alle Jar ze Nutz und ze Gewer, zu einem Urchund ein Huen, und si nemmen dazselb Huen oder nicht, daz sol in am Recht unschedlich sein —. Ist mit einem solchen Verhältniß eine lex Commissoria oder ein Verkaufsrecht verbunden, so nähert es sich an rechtlicher Wirkung der Hypothek; der Recognitionszins dient zur Aufrechterhaltung der Gewere, solange die Rechtsordnung

1) Auch das kommt vor, daß der Verpfänder die Sache als Lehen zurückerhält, z. B. Urk. v. 1232 bei Böhmer Urk.b. v. Frankfurt: titulo pignoris obligavi et . . ipsa bona ab eo recepi, sub castrensis beneficii nomine possidenda.

noch kein Pfand ohne Gewere anerkennt: einer der mehreren Kanäle, durch welche die neue Satzung in das deutsche Recht eingedrungen ist. Außerordentlich häufig aber wird im deutschen Rechte der Verkauf der Satzung erwähnt, weniger bei der Todsatzung, vielfach aber bei dem mort-gage, der eigentlichen Antichrese[1]); wobei man sich an die deutschen Verhältnisse zu erinnern hat, wo der Schuldner zur Einlösung des Pfandes zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet war, so daß derartige Pfandschaften nicht nur auf Jahrzehnte, sondern auf Jahrhunderte bestanden[2]). Aber auch im deutschen Rechte entspinnt sich die Frage, ob hier bloß eine Veräußerung der Pfandschaft als solcher und nicht eine Veräußerung der Forderung anzunehmen ist; das praktische Interesse des Unterschiedes spitzt sich auch hier zu der Frage zu, ob die Einlösungssumme an den Veräußerer oder an den Käufer zu entrichten ist. Und auch hier ist zu sagen, daß beides möglich, im Zweifel aber das letztere, die Veräußerung der Forderung und damit des Rechts auf die Einlösungssumme, anzunehmen ist. In einer Unzahl von Urkunden wird nämlich das Veräußerungsrecht dadurch gewährt, daß die Sache nicht nur dem Pfandgläubiger, sondern auch jedem Dritten, welchem der Pfandgläubiger die Sache anweist, verpfändet wird. Diese Erklärung im Pfandvertrag ist höchst bezeichnend, da dies die Art ist, wie man, als die Cession der Forderung noch unbekannt war, die Uebertragbarkeit der nomina

1) Vgl. auch Platner, der Wiederkauf, in der Z. für Rechtsgeschichte IV S. 148 fg. und die dort Allegirten, und vgl. auch Urk. v. 1416 Mon. Zoller. VII 534 p. 395.

2) Vgl. auch Urk. v. 1286, im Auszug bei Chevalier, inventaire des archives des dauphins de Viennois nr. 1605 p. 284: concessit — quicquit juris habebat — — in tota gageria —. Ausnahmsweise ist die Veräußerung untersagt, wenn sie mit übernommenen Pflichten, z. B. der Burghut, im Widerspruch steht, z. B. Urk. v. 1388 Sudendorf VI 200 p. 214. Vgl. auch Urk. v. 1383 in Jung Miscell. IV p. 41.



zu vermitteln suchte[1]), Brunner in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsrecht XXII S. 522 fg.: ein frappanter Beweis dafür, daß hier regelmäßig nicht nur die Pfandschaft, sondern auch die Einlösungssumme als Gegenstand der Veräußerung gedacht wird[2]). Am schönsten findet sich dies in einer Urkunde von 1158 bei Vaissete, Histoire de Languedoc V Chartes nr. 623 p. 1216: Obligo et jure pignoris trado tibi — et haeredibus tuis et posteritati tuae et cui vel quibus tu vel tui divideritis aut donaveritis — aut ad ultimum quolibet modo reliqueritis aud impignoraveritis. So auch in einer Urk. v. 1292 Fürstenbergisches Urkundb. I 621 p. 309: Svem och der — (Pfandgläubiger) disu zwei — phant git,

1) Hierfür bieten auch die Pfandurkunden mannigfache Belege. Z. B. Urk. v. 1392 in v. Hodenbergs Lüneburger Urkundb. Abth. XV nr. 214. p. 148: dat wij unde unse erven schuldich sind — Kersten spoete Aleken siner echten husvrowen unde eren erven unde deme ghennen de dessen breff hefft ane ere wedersprake; Urk. v. 1467 im Hoyer Urkundb. II nr. 74 p. 63, wo ein Pfand bestellt wird für eine Schuld, welche geschuldet wird dem Klosterconvent unde dem holder desses breves mit erem willen.; Urk. v. 1379 Monum. Zollerana V 26 p. 25: Wer auch disen gegenwurtigen brief Inne hat und fürbringet mit willen und guter gewissen dez vorgenanten (Pfandgläubigers), demselben süllen und wollen wir — gepunden und behaft sein; Urk. v. 1415 ib. VII 378 p. 279: die obgeschriben — guldein — sullen und wollen wir in ader iren erben ader wer disen brive innen hat mit irem guten willen und wissen wider richten und beczalen; Urk. v. 1527 bei Rosenthal, Geschichte des Eigenthums in der Stadt Wirzburg, Anhang, 32 S. 38: wir — schuldig worden sein — den ersamen Kilian Beyssen — iren erben und mit ihrem guten willen und wissen inhälter dits briefs —; Urk. v. 1414 Fontes rer. Austriac., Dipl. XVIII 436 p. 539. Vgl. auch oben S. 89 und Brunner, das französische Inhaberpapier des Mittelalters S. 28 fg., 71 fg.

2) Das gleiche Uebertragungselement findet sich auch umgekehrt verwendet, um die actio pigneraticia directa, den Rückforderungsanspruch des Verpfänders, zu übertragen, Urk. v. 1405 im Codex dipl. Saxoniae Regiae V (Stadt Pirna) 66 p. 381: es sind zur Einlösung berechtigt: wir adir unser erbin adir wer unsirs gnedigen hern des marcgraffin brieff, den er uns darobir gegebin hat, mit unserm gutin willen ynnehat.

er gebe su einem sinem frunde, oder er gebe su dur got oder svem er su git, der sol su och in allem dem rehte han, alse wir im su gesezzit hein. So in einer Urkunde v. 1385 in v. Hodenberg's Lüneburger Urkundb. Abth. XV nr. 198 p. 138: dat wij hebbet vor sad — — Johanne van dem broke unde sinen broderen — unde eren erven unde dem yennen de dessen breff hefft ane ere wedersprake. Beweisend ist ferner Urk. v. 1343 Meklenb. Urkundb. IX 6282 p. 452: Ok moghen zee dat druddendel desses — dorpes (das Pfandobjekt) vorkopen edder vorpanden, wene zee wyllen, uthgenamen dat wii de losinghe beholden; unde wene zee dyth vorkopen edder vorpanden deme wylle wii breve gheven ludende na dessem breve — aus dem letzten Satze ergibt sich mit Sicherheit, daß der neue Erwerber der Pfandschaft auch als der neue Pfandsummeberechtigte, als der neue Creditor gilt. Aehnliches bezügl. des Afterpfandes findet sich in der Urk. v. 1351, die Urk. d. Klosters Stötterlingenburg, von Schmidt-Phiseldeck nr. 119 p. 90. 91: Welden se ok disse — ver hove vorsetten vor twintich marc, dat moghet se don, unde weme se de settet, deme scole we de bescriven, alse we en de bescreven hebbet; so scolden se usem clostere (welches der Verpfänder ist) dissen bref weder antworden. Aehnlich auch eine österreichische Urkunde v. 1347 Urkundb. des Landes ob der Enns VII 31 p. 28, wo der Veräußerer des Satzungsrechts seinen Satzungsbrief (in welchem ja regelmäßig auch der Einlösung gedacht ist) dem Erwerber übergibt mit allem dem rechten, als wir den prief und das guet inne gehabt habent. Noch eklatanter ergibt sich dies aus einer Urk. v. 1375 in Melly, Vaterländische Urkunden I 80 p. 56. 57: Der obgenant Tybeiner (Pfandgläubiger) mag ouch dem egenanten Sacz mit unserm guten willen geben oder verschaffen wem er wil, der zu uns und unsern Landen gehöret und wem derselb

Sacz also gegeben oder verschaffet wirdt, der sol uns — mit der losung — gewertig und gehorsam sein. Dieses ist auch offenbar der Fall in einer Urkunde v. 1402 Zeitschr. f. Geschichte des Oberrheins XXI S. 195, wo der Eigenthümer an den Erwerber der Pfandschaft das Eigenthum veräußert und wo dem Erwerber die Pfandschuld auf den Kaufpreis aufgerechnet wird. Ganz ausdrücklich ist es gesagt in einer Würzburger Urk. v. 1418 (s. Beilage): biss wir — von im seinen erben oder innhaldern diss brieves, die — höfe umb die — funfhundert gulden wider geledigt und gelosst hetten [1]).

Doch fehlt es auch nicht an Beispielen, wo der Veräußerer oder Afterverpfänder sich die Einlösungssumme vorbehält und den Genuß der Pfandschaft ohne die Kapitalforderung überträgt. So eine Urk. v. 1335 Meklenburger Urk.b. VIII 5590 p. 511: Alze drade, als my vultaghen is alle de deghedinge unde alle de stucke der breve mynes herren — — vol holden sind, so scal er (der Erwerber) dat slot und dat land — mynen heren wedder antworten. Ferner Urk. v. 1380 Lüneburger Urkdb. II 950 p. 315, wo der Rath Lüneburg das an ihn verpfändete Schloß Blekede mit dem Folgenden weiter verpfändet: wolden unse heren van Sassen unde Luneborgh dat slot van dem rade tou Luneborgh wedder loezen edder wolde de rad tou Luneborgh dat slot van uns wedder ynnemen ofte hebben — des scholle we unde willet dem rade to Luneborgh ghunnen, sunder de rad tou Luneborgh scholde uns irst unse penninghe gheven — —. Ebenso Urk. v. 1384 ib. II 996 p. 356, wo der Rath Lüneburg die Hälfte von Dannenberg und Pritzetze weiter verpfändet mit Folgendem: Were ok dat unse heren de vorsten van Luneborg Dannenberghe unde de Pritzetze wedder van

1) Innhalder ist auch hier nach einer andern Stelle der Urkunde: wer disen brieve mit seinem guten willen innhat.

uns losen wolden edder icht wi de slote wedder to uns nemen wolden umme unses besten willen, in welker tyd iares dat were, des wille wi mechtich bliven, men wi enschullen see dar nicht van entsetten, wi enhebben en de achteyndehalf hundert marc (etc.) — — wedder gheghe-ven —[1]). Ebenso eine Urkunde aus dem Anfang des 15. Jahrh. im Hoyer Urkundb. I 428 p. 265, wo ein verpfändetes Schloß zur Hälfte weiter verpfändet und dabei bedungen wird, daß, wenn der debitor primus dem creditor primus die Lösung kündigt, dieser dem creditor secundus gleichfalls die Lösung kündigen muß und: wan se uns denne dat geld — entrichten — schullen wy unde willen unsem leven heren unde oheme (dem creditor secundus) de hovetsumme unde vorbuwinge entrichten.

Der Cession der Forderung verwandt ist die Subrogation, d. h. die Einrückung in Forderung und Pfand in Folge der Befriedigung des Gläubigers und gemäß Subrogationsvertrags. Die Beispiele dieser Subrogation sind außerordentlich häufig, und es gehen auf diesem Wege die Pfandschaften vielfach durch die verschiedensten Hände hindurch. Man vgl. eine Urkunde v. 1339 Lacomblet III 344 p. 271; ferner eine solche von 1343 Meklenburger Urk.b. IX 6302 p. 470, ferner Urk. v. 1331 Melly, vaterländische Urkunden I nr. 35 p. 31, Urk. v. 1343 ebenda I nr. 39 p. 34, v. 1357 ib. I nr. 43 p. 36, v. 1359 ib. I nr. 44 p. 36, v. 1371 ib. I 76 p. 54, v. 1374 ib. I 78 p. 55, v. 1375 ib. I 80 p. 56, v. 1393 ib. I 91 p. 62[2]).

---

1) Das Schloß Bleckede war an den Rath von Lüneburg im Jahr 1374 und die Schlösser Dannenberg und Pritzetze im Jahr 1382 durch die Herzöge Wenzeslaus und Albrecht von Sachsen und Lüneburg verpfändet (Lüneburger Urkundb. II 821 p. 189 und II 966 p. 331).

2) Vergl. auch Urk. v. 1354 Mon. Boica XXXIII$^{b.}$ nr. 203 p. 218, Urk. v. 1397 Mon. Zollerana V 380 p. 376.



Auf diesem Wege ist auch im Gebiete des Nutzpfandrechts ein Nachpfand möglich, so sehr diese Möglichkeit gewöhnlich bestritten wird; ein Pfand an der übertiure, an dem Ueberschusse, indem der Nachpfandgläubiger das Recht erlangt, den ersten Gläubiger abzulösen und sich an dessen Stelle in die Nutzung des Gutes zu setzen. Eine solche Verpfändung der übertiure findet sich z. B. in einer österreichischen Urk. v. 1330 Urkb. des Landes ob der Enns V 583 p. 580: so suln di — Herren — di — hundert pfunt auf allen dem haben, daz ich han und lazze in dem Lande und besunder pei namen auf der ubertiwr [1]) des Guets, daz Erber leut ze satz von mir habent, worauf dann das jus offerendi et succedendi statuirt wird. Aehnlich bereits in Urk. v. 1282 Mon. Boica XXXVII 461 p. 549: villam nostram Steinbach, que jam .. dicto Swimmere militi obligata dinoscitur, obligamus, sic, quod ipsi eandem, postquam illa ab ipso milite libera fuerit, ad usum eorum tenere debeant — —. Vgl. auch Krasnopolski in Grünhut Zeitschr. VIII S. 467 fg.

Sehr häufig ist in den deutschen Quellen von der Afterverpfändung des Nutzpfandes die Rede [2]). So in einer Urkunde v. 1223 im Cartulaire de l'Abbaye de Notredame des Vaux de Cernay (par Moutié, 1857/58) I nr. 236 p. 228: concessi conventui — impignorationem decime, quam impignoravit eidem conventui Robertus clericus — videlicet medietatem decime tocius terre matris ejusdem Roberti; so in einer niederrheinischen Urk. v. 1302 Lacomblet III 17 p. 11, so in einer Urkunde des Pfalzgrafen Ruprecht von 1399 ib. III 1065 p. 947, welcher die Pfandschaft Kaiserswerth weiter

1) Dieser Ausdruck erinnert auffallend an die Sprachweise des Gajus in fr. 15 § 2 de pign.: ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata.

2) Vergl. auch oben S. 238. 239 und Urk. v. 1304 Würdtwein dipl. Mag. I 55 p. 107, Schöpflin Alsatia dipl. II 1485 p. 473.

verpfändet; vielleicht können auch diejenigen zahlreichen Urkunden hierhergezogen werden, welche das Recht geben, das Pfand zu besetzen und zu entsetzen, vgl. z. B. die Urkunden von 1377 und 1399 im Fürstenberger Urkundb. II 471 p. 307 und II 574 p. 377 [1]). Daß auch hier in der Mehrzahl der Fälle eine Verpfändung der Forderung anzunehmen ist, welche ein Pfandrecht an dem Forderungspfand herbeiführt, ergibt sich aus dem Obigen von selbst; wie denn auch in der cit. Urkunde v. 1302 die Einlösungssumme nicht dem ersten Creditor Dietrich von Valkenburg, sondern dem Afterpfandgläubiger, dem Herrn von Montfort, angeboten wird [2]).

Die Restitution ist auch im germanischen Recht eine obligatorische Pflicht, sie ist nicht bloß ein Zurücktreten vor dem Eigenthum in Folge des Erloschenseins des dinglichen Pfandrechts. Daher werden auch Bürgen bestellt für die Restitution des Pfandes nach erfolgter Lösung, so in einer Urkunde v. 1361 Meichelbeck, Historia Frisingensis II 2 nr. 278 p. 189. Mit der Sache ist zugleich der Verpfändungsbrief zurückzugeben,

---

1) Obgleich hier hauptsächlich an die Besetzung mit Administrationspersonal gedacht zu sein scheint; vgl. auch Urk. v. 1349 Mon. Boica XLI 146 p. 405, Urk. v. 1381 ib. XLIII 165 p. 387, Urk. v. 1375 Mon. Zollerana IV 314 p. 350, Urk. v. 1374 in Sattler, Gesch. Würtenb. II. Beil. 153 S. 186.

2) Bei manchen Urkunden kann es fraglich sein, ob eine Afterverpfändung oder eine neue Verpfändung in Ausübung des Pfandrechts gemäß dem S. 15 fg. Entwickelten vorliegt. Das ist nach den S. 17 fg. aufgeführten Kriterien zu entscheiden. Ein neues Pfandrecht ist anzunehmen in Fällen, wie Urk. v. 1282 Meklenb. Urk.b. III 1631 p. 50, wo gesagt ist, daß die Pfandsumme nicht erhöht werden darf; in Urk. v. 1334 Cod. Brand. X p. 12 nr. 1, wornach die Sache erst nach Ankündigung in Jahresfrist weiter versetzt werden soll; vgl. auch Urk. v. 1357 Sudendorf III 41 p. 28. Das Verbot, daß nicht an Fürsten verpfändet werden darf, findet sich in den Urkunden bei beiden Arten. Vgl. das römischrechtliche Verbot der cessio in potentiorem.

Urk. v. 1312 Ulmisches Urkundb. I 254 p. 310 [1]). Daß die Restitutionspflicht nicht nur den ersten Gläubiger, sondern auch dessen Successor trifft, ist nach der ganzen materiellen Richtung des germanischen Klagwesens nicht zu bezweifeln, geht übrigens auch aus den unzähligen Urkunden hervor, in welchen die Sache dem Pfandgläubiger und seinem beliebigen Successor mit dem Anfügen in Nutzpfand gegeben wird, daß das Einlösungsrecht gegen ihn und gegen jeden Successor stattfinden soll. Mit der Restitutionspflicht ist auch hier die Pflicht verbunden, für alle culpa einzustehen; um so mehr, als ja das germanische Recht von der Haftung für den casus ausgegangen ist, und diese Anschauung, wie oben gezeigt, noch in wesentlichen Nachwirkungen fortlebt. Daher ist es leicht begreiflich, wenn die Haftung für culpa vielfach in der negativen Weise ausgesprochen wird, daß für den casus oder für gewisse Casusfälle, wie Verheerung durch Feuer oder andere Noth, kein Ersatz zu leisten sei, so Urk. v. 1472 Fürstenberger Urkb. III 592 p. 421; während andere Verträge allerdings der culpa direkt erwähnen, z. B. Urk. von 1283 Lacomblet II 782 p. 458. 459: dictus archiepiscopus castrum et oppidum ac pertinentia non deteriorabit ex culpa sua; vgl. auch eine österreichische Urkunde von 1358 Urkb. des Landes ob der Enns VII 569 p. 579: daz si di egenant vest und leut und gut — unvertorbenlich inhaben [2]).

---

1) So bereits Urk. v. 1141 Codex Padovanns I 393 p. 295: Obligavit se prefatus prior et suos successores hanc pignoris cartulam restituturum cum solucio fuerit facta taliatam et capsatam ni fortuitu casu supereminente sub pena C librarum, ähnlich Urk. v. 1142 ib. I 402 p. 301. So auch noch Urk. v. 1445 Chmel, Material. z. österreich. Gesch. I 62 p. 178: den gegenwürttign brief dann widerumb antwürtten zu unsern hannden —. Vgl. auch Bischoff, Zeitschr. f. R.gesch. XII S. 45.

2) Und so wird öfters Diligenz eingeschärft, z. B. Urk. v. 1384 Sudendorf VI 74 p. 83, v. 1412 Mon. Zoll. VII 63 p. 66, v. 1414 Cod. Brandenb. VI p. 111 nr. 155 (noch allem Irem bestem vermogen), von

Regelungen des Theilgenusses finden sich auch im deutschen Rechtsleben, so österreich. Urk. v. 1356 Urkundb. des Landes ob der Enns VII 456 p. 460, so niederrheinische Urk. von 1417 Lacomblet IV 101 p. 111, so Würzburger Urkunde v. 1409 f. Beilage. Und im Fall einer Theilzahlung wird die Sache beim mort-gage richtig dahin geordnet, daß die Genußrate verringert wird; so Urk. v. 1327 Meklenburger Urkb. VII 4879 p. 506, wo für 50 Mark Kapital eine jährliche Hebung von 5 M. verpfändet ist, und wo bestimmt wird: quam cito — — XXV marcas erogabimus, duarum librarum redditus ad nos libere devolventur; so auch in der früher benutzten Urk. aus Chur von 1488 in der Zeitschr. für Geschichte des Oberrheines XX S. 162.

Auch bezüglich der Lasten des Genusses und bezüglich der Impensenansprüche gelten im germanischen Rechte die gleichen Grundsätze; nur daß sie, wie die rechtlichen Elemente des deutschen Rechts überhaupt, nicht durch das Scheidewasser der Reflexion aus ihrer concreten Verbindung ausgeschieden wurden, sondern noch in ungetrennter Vereinigung mit andern rechtlichen oder kulturellen Elementen wirksam sind; das ist ja die Eigenheit einer jeden instinktiven Rechtsbildung, und so insbesondere der deutschen: die rechtlichen Elemente sind wirksam und thätig, es fehlt nur das Reagens der Reflexion, um sie aus der Verbindung auszuscheiden und in ihrer Individualisation darzustellen. Nichtsdestoweniger ist auch die unbewußte Rechtsbildung eine Rechtsbildung von der eminentesten Kraft und Bedeutung, und es ist ein verhängnißvoller Irrthum, wenn man dem deut-

1465 ib. III p. 461 nr. 201, v. 1487 ib. VI p. 427 nr. 48. Eine Nachwirkung des alten Princips ist es, wenn nach manchen Urkunden der Gläubiger sein Pfandgeld dann einbüßt, wenn in einem seinethalben entsponnenen Kampfe (orloge) das verpfändete Schloß verloren wird, vgl. Urk. v. 1388 Sudendorf VI 200 p. 214, v. 1368 ib. III 353 p. 236.

schen Rechte wegen der mangelnden Reflexion die juristische Gestaltungskraft abgesprochen hat. So findet sich der Impensenanspruch in einer Reihe bäuerlicher Rechtsquellen anerkannt, specifisch mit Rücksicht auf die Impensen der Landwirthschaft. So in einem Ordel aus Vehlen, Grimm, Weisthümer III 316: Wenn einer ein stucke landes vorsettede ein jahr oder III, und middeler tid ezliche poten [1]) de inhebber des landes vor dem lande her settede, und worde dar noch weder ingeleset, was desulvige vor die poten geve? De schal dem jenigen, so die poten gesettet hefft, II goſslersche geven, den einen vor den paten, den andern vor dat uphogende. Namentlich aber ist in solchen ländlichen Rechten viel von Erstattung der Düngung die Rede; so in dem Dithmarscher Landrecht v. 1447 § 151 bei Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen S. 50 fg. (wo auch Uebersetzung): Vortmer efft en man hadde anweddinghe (= Pfand) an acker unde he dar ghare (= Düngung) ane hedde, dat were sommervallich effte kort stro effte kley, wat dar bewislik is, des schalme eme loven unde anders schalme umme nene ghare klaghen, sunder umme desser drige ghare willen; vgl. Michelsen S. 294, wo auch diese landwirthschaftlichen Ausdrücke näher erläutert sind. Eine ganz specielle Abmachung findet sich in einer Urkunde v. 1446 Seibertz, Urkundb. III 951 p. 105: wanner wy dey lose gedain hebt, hedden dan Volmeke ind Tele elude — des gudes wat in vetten ind in dunge, dey vetten ind dunge sollen sey to veir Jar slyten na der dunge — — ind sollen uns dar van geven eyne redeliche schult. Vgl. auch Urk. v. 1379 im Lüneburger Urkundb. II 934 p. 301: wanne we dat — slot loesed, is dar denne sad geseyd, de sad scolle

1) poten, paten = Setzling, junger Baum, Schiller-Lübben, mittelniederdeutsches Wörterbuch III 366 a.

we gelden na besegginge twier ute deme rade tho Lueneborg, icht we willen: wille wi nicht, so scolle wi — sade sad unde corn selven winnen unde wech bringen laten — —[1]).

In den Kreisen des ritterlichen Lebens treten die Impensen namentlich in der Gestalt von Bauaufwendungen für Schlösser, Vesten, Wirthschaftsgebäulichkeiten und ähnliche Anlagen hervor. So in einer Urkunde von 1351 Fürstenberger Urkundb. II 287 p. 180: Were och, das su deheinen redelichen notdurftigen buwe an der vorgenanten vesti teten oder tun musten, was su des schaden oder kosten hetten, den sont wir inen och jergeliches unverzogenlich uf rihten und geben — —; so in einer niederrheinischen Urkunde v. 1368 Lacomblet III 684 p. 583: ob buwes noit dede an der vesten Werden, in dem Ryne, in dem buwehove, in der moilen, of anderswa, da soll der Pfandinhaber dem Verpfänder Ansage thun, damit dieser dem Bedürfnisse abhelfe; thut er das nicht, so kann der Pfandinhaber zo guder bescheidenheit ind rechenunge denselven buw vollenvoeren und die Kosten auf das Pfand schlagen. Aehnlich eine Urkunde v. 1344 Meklenburger Urk.b. IX 6458 p. 594: Wat se redelken bewisen moghen, dat se in deme — hus verbuwen, dat scole wi en mit der vorbenomden summen wedder gheven; so eine Bremer Urkunde v. 1376 Bremer Urk.b. III 498 p. 460: zo moghet ze vorbuwen — — drehundert Bremer mark, unde wes ze dar enboven verbuwet, dat scholet ze rekenen to der hovetsummen; ähnlich eine Urk. von 1377 ib. III 516 p. 479[2]). Dagegen scheint in einer Urkunde v. 1334 Meklenbur-

1) Aehnliches in Urk. v. 1371 und 1396 bei Sudendorf IV 152 p. 106, VIII 138 p. 135.

2) Vgl. auch Urk. v. 1353 Mon. Zoller. III 292 p. 253, von 1429 Cod. Brand. XI p. 163 nr. 13, Olmützer Stadtbucheintrag v. 1384 (Bischoff in den Wiener Sitzungsb. phil.hist. Kl. 85 S. 325).

ger Urkundb. VIII 5509 p. 434 nur ein jus tollendi statuirt zu werden: und hebbe wi darethu unses ghudes icht gheleghet, dat wie bewisen moghen, dat schal uns ane wederrede anvallen, wenne hie die stat loset — denn nicht alle Impensen eignen sich zum Ersatz. Und, ganz wie nach römischem Rechte, wird auch hier bei der Ersatzfrage sowohl auf die objektive Bestimmung der Sache, als auf die Intentionen des Verpfänders Rücksicht genommen. In einer nordischen Urkunde von 1310 Meklenburger Urkundb. V 3388 p. 514 wird dem Pfandgläubiger gestattet, Festungen anzulegen, mit dem Anfügen: Wi skal tilfreds stille Hertug Witzlaff, for hand samme Fester koster at bygge. Bei einer Burgverpfändung wird, Urkunde von 1285 Urkundb. des Landes ob der Enns III 575 p. 530, zugesagt: omnia et singula, que exposuerunt vel exponent in fossatis, muris et structuris circa castrum — also Auslagen, welche in der Bestimmung des castrum begründet sind. Vgl. Schultz, d. höfische Leben I S. 16 fg.

Nicht selten sind mit solchen Beabredungen Verträge über den Feststellungsmodus der Impensenhöhe verbunden, welche ein außerordentliches processualisches Interesse gewähren [1]). So in einer österreich. Urk. v. 1297 Urkb. des Landes ob der Enns IV 288 p. 264: was er auf das Gut leit, iz si an samen an cymber oder an swelher slahte dinge iz sei, daz er mir bi seinen triwen gesagen mach, des sol ich im gelouben; so ferner Urk. v. 1306 ib. IV 550 p. 512: swas auch her Hainrich — an dem selben halben Hof pauwet und pezzert, daz zwen beschaiden man gesagen mugen mit iern trewen, daz schol er slahen zu den Sehzich phunden. Vgl. auch im Hoyer Urkundb. die Urk. v. 1428 u. 1469 I 430 p. 266 und I 519 p. 341 [2]). In vielen Urkunden finden sich

1) Vgl. auch Bülow im Arch. f. civ. Prax. LXIV S. 62 fg.

2) Aehnlich Urk. v. 1368 Sudendorf III 344 p. 231, v. 1369 ib.

auch, der Sicherheit wegen, specielle Impensengestattungen, so z. B. in einer Urk. v. 1381 Melly, Vaterländische Urk. I 86 p. 60: wan unser vest — wol paws bedarf und fast zerliten ist, Haben wir mit der — (Pfandgläubigerin) geschaft, daz si kunftiklich Hundert mark schillinger von unsern wegen darauff verpawe — —. Ebenso in einer schlesischen Urkunde v. 1537 Cod. diplom. Silesiae IV (Ed. Meitzen) nr. 159 p. 81, wo zugelassen wird, daß Gläubiger 200 gulden hungarisch — in das gutt verbawenn, und zu desselbigen pesserunge anlegen soll, vgl. Urk. v. 1542 ib. nr. 166 p. 86. Aehnlich Urk. v. 1363 Sudendorf III 184 p. 117, v. 1365 ib. III 279 p. 185, v. 1371 ib. IV 147 p. 97, v. 1379 ib. V 164 p. 199, v. 1381 ib. V 217 p. 257, v. 1391 ib. VII 44 p. 43, v. 1409 Cod. Brandenb. VII p. 429 nr. 36, v. 1424 ib. V p. 383 nr. 169, v. 1425 ib. II p. 482 nr. 61.

Die Haftung für Eviction nimmt bei der Antichrese eine gesteigerte Bedeutung an. Denn hier ist es nicht bloß die Pfandsicherung, sondern auch der Pfandgenuß und damit der Kapitalrentengenuß, welcher durch die Eviction untergraben wird. Daher wird der Evictionshaftung in unzähligen Urkunden gedacht; so Urk. v. 1255 im Cartulaire de l'évêché d'Autun (Ed. Charmasse 1880) nr. 27 p. 34: hanc autem obligationem — — promittimus et tenemur — contra omnes guarantire, bona nostra mobilia et immobilia ad ferendam hujusmodi guarantiam obligantes; so Urkunde v. 1223 im Cartulaire de l'Abbaye de Notredame des Vaux de Cernay (par Moutié, 1857/58) I nr. 235 p. 228: et fidutiaverunt in manu nostra quod bona fide istam gageriam dictis monachis garantizabunt (einen verpfändeten Zehnten); so Bremer

III 429 p. 290, v. 1380 ib. V 167 p. 203; Urk. v. 1552 Cod. Brandenb. II p. 103 nr. 10, v. 1555 ib. II p. 106 nr. 12; Urk. v. 1460 bei Grünhagen — Markgraf, Lehns- und Besitzurk. Schlesiens I p. 100 nr. 16.

Urk. von 1347 Bremer Urk.buch II 556 p. 531, wo der Verpfänder verspricht justam et firmam warandiam; ähnlich Urk. v. 1376 ib. III 498 p. 460: Ok schole wy — — rechte warende wezen unde en stede vaste unde unvorbrokene warscup don unde holden, wor wanne unde wo dicke en des nod is, ähnlich Urk. v. 1380 ib. III 569 p. 536. So mehrere Urkunden im Hoyer Urkundb. (Ed. Hodenberg), Urk. v. 1384 I 266 p. 171: rechte warscop lesten unde don wor unde wanne dat en des noth und behoef Is unde ze dat van uns eschet, und so Urk. v. 1416 ib. I 404 p. 242; ebenso Urk. v. 1402 ib. V nr. 122 p. 97: des rechte warende wesen wanner wor unde wo dicke een des not is. So in einer Urkunde von 1392 in Hodenberg's Lüneburger Urkundenb. Abth. XV nr. 214 p. 148: wij willet unde schullet jum desses — hoves eyn recht warende wezen wur unde wanne jum des nod is unde van uns ghe eschet wert — —. So in östreichischen Urkunden, wo vielfach Gewähr nach Landesrecht versprochen wird; so Urk. v. 1320 Urkb. des Landes ob der Enns V 274 p. 261: ir scherm und ir gewern als satzes reht ist in dem Lande ze Osterreich; so Urk. von 1344 ib. VI 482 p. 486: ze scherm und ze verantwurtn vor aller ansprach nach aygens recht als daz Lant ze Styr herpracht hat; so Urk. v. 1345 ib. VI 508 p. 512: gwer füer all annsprach — alss Satzes Recht ist jnn dem Lanndt zu Oesterreich; so Urk. v. 1347 ib. VII 5 p. 5: Wir sullen auch — — den selbe satz schermen und freiu fur alle ansprach, als landes recht ist, so Urk. v. 1351 ib. VII 232 p. 237: was in chrieges oder ansprach an gieng — — den schull wir aus richten an all seinen schaden; ähnlich Urk. v. 1351 ib. VII 237 p. 242, v. 1351 ib. VII 241 p. 245, von 1352 VII 283 p. 288, von 1355 VII 396 p. 409, von 1356 VII 467 p. 474, von 1358 VII 561 p. 573, v. 1358

VII 583 p. 595 — — —. So Urkunde von 1383 in der Histoire de Metz (1781) IV p. 348: warantir ceste présente obligation et wagiere et de porteir bone, loyale et parfaite warentie encontre et envers tous, wobei für den Fall der Nichtvertheidigung sofortige Rückzahlung versprochen und prompte Execution gestattet wird. Auch werden nicht selten Gewährschaftsbürgen gestellt, so in einer Urkunde v. 1537 im Codex dipl. Silesiae IV nr. 161 p. 83, vergl. ib. Urk. v. 1539 nr. 164 und 1540 nr. 165 p. 85. Mannigfach wird dabei ausdrücklich die Haftung für allen durch Eviction entstandenen Schaden, also insbesondere die Entziehung des Fruchtgenusses, übernommen, so Urk. von 1360 Urkb. des Landes ob der Enns VII 732 p. 733: den schaden mit sampt dem hauptgut schullen sew unverschaidenleich haben auf mir und auf allen (dem Verpfänder zugehörenden) gut.

Ein fein entwickeltes Actionensystem, wie im römischen Rechte, können wir natürlich im deutschen Rechte nicht erwarten. Das deutsche Recht hat das Mittelglied zwischen Recht und Rechtsverwirklichung, den Anspruch, welcher im römischen Rechte die größte Rolle spielte, nicht entwickelt: es schreitet direkt vom Rechte zur Rechtsverwirklichung und gliedert daher die Klagen nicht nach dem Anspruch, den sie vertreten, sondern nach dem Ziele, das sie erstreben, vgl. Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 2 fg.; es kann daher im deutschen Rechte nur die Frage aufgeworfen werden, ob dem Pfandgläubiger überhaupt eine rechtliche Reaktion gegen Eingriffe Dritter in sein Rechtsgebiet zustehe; und diese Frage ist sicher zu bejahen. Gewöhnlich wird in den Urkunden gesagt, daß der Pfandgläubiger dem Eigenthümer die Störung ansagen solle, und wenn dieser nicht rechtzeitig Abhülfe leistet, sich selbst Rechtes helfen könne. So Urk. v. 1379 Lüneburger Urkundb. II 934 p. 303, v. 1382 ib. II 966 p. 333; so Urk. v. 1357 Sudendorf III 33 p. 25, v. 1368 ib. III

377 p. 254, ib. III 390 p. 263, v. 1374 ib. V 21 p. 27, v. 1379 ib. V 163 p. 197, v. 1383 ib. VI 41 p. 31, v. 1384 ib. VI 74 p. 83, v. 1387 ib. VI 174 p. 188, v. 1391 ib. VII 44 p. 43, v. 1397 ib. VIII 162 p. 194; Urk. v. 1381 Cod. Brand. IV p. 73 nr. 47, v. 1414 ib. VI p. 111 nr. 45, v. 1444 ib. VI p. 123 nr. 171. Dafür sprechen ferner die Sicherungsclauseln, wie z. B. in Urkunde Karl IV v. 1353 bei Schliephake, Geschichte von Nassau IV S. 300. — — So ist auch hier die Analogie mit dem Röm. Rechte gegeben.

§ 12.

Das Nutzpfand nach den modernen Gesetzgebungen.

Die neueren Gesetzgebungen haben das Institut des Nutzpfandes nicht besonders begünstigt. Am meisten noch der Code civil, welcher auch hierin seine praktische Superiorität bekundet. Zwar ist es im C. civ. nicht bestimmt ausgesprochen, daß das Recht des Nutzpfandgläubigers ein dingliches, gegen jede künftige Disposition des Eigenthümers gefeites ist, und es hat auch nicht an entgegengesetzten Stimmen gefehlt, vgl. Dalloz, Jurisprudence général, répertoire méthodique et alphabétique v. nantissement nr. 240. 241 und die dort hiefür Allegirten[1]), sodann neuerdings Laurent, principes de droit civil français XXVIII nr. 561 fg. 569 fg.; doch haben sich überwiegende Stimmen in Doctrin und Praxis für die dingliche Wirksamkeit des Institutes ausgesprochen, vgl. z. B. Proudhon, usufruit I nr. 90 fg., Paul Pont, petits contrats II nr. 1279, und die daselbst zahlreich Allegirten, Puchelt, Rheinisch-französisches Privilegien- und Hypothekenrecht S. 318 (unter richtiger Anlehnung an das germanische Recht), — und heutzutage, nachdem das französische Trans-

1) Insbesondere auch Troplong, Nantissement nr. 526. 573. 578.

scriptionsgesetz v. 1855 in a. 2 ausgesprochen hat, daß die antichrèse — dies ist, wie bereits bemerkt, der französische Name, nicht bloß für die römische antichresis, sondern für das Nutzpfand überhaupt —, ebenso wie die Servitut, zu transscribiren sei, kann über die Dinglichkeit des Institutes im jetzigen Stadium des französischen Rechts nicht mehr wohl ein gegründeter Zweifel obwalten, vgl. Paul Pont, l. c., und privilèges et hypoth. I nr. 21, Thézard, nantissem., privil. et hypoth. p. 35.

Daran hätte man schon nach der ganzen historischen Entwicklung des Institutes niemals zweifeln sollen; insbesondere da gerade der Schriftsteller, welcher auf den Code civil den größten und fruchtbarsten Einfluß ausgeübt hat, Pothier, traités sur les hypothèques, l'antichrèse et le nantissement, ch. V a. 1 (Ed. Hutteau I p. 96), den dinglichen Charakter des Nutzpfandes mit seiner gewohnten, geradezu Gajanischen Klarheit und Naivität vertreten hat: Lorsqu'un créancier a acquis une fois le droit d'antichrèse sur un héritage, comme ce droit est dans la chose, le débiteur ne peut plus dès-lors aliéner l'héritage à qui que ce soit, ni l'hypothéquer à un second créancier, qu'à la charge du droit d'antichrèse du creáncier à qui il l'a accordé.

Bemerkenswerth ist übrigens, daß das Institut in den ursprünglichen Entwürfen des Code civ. nicht enthalten war und erst später, auf Reclamation verschiedener Gerichtshöfe, aufgenommen wurde, welche auf die Rechtsgewohnheiten, namentlich in südfranzösischen Gegenden, verwiesen. Die Aufnahme des Institutes ist daher nicht der theoretischen Construktion, sondern der Anregung aus der Praxis zu verdanken.

Von dem Code civil ist das Institut in andere Gesetzeswerke übergegangen, so insbesondere auch in den italienischen Codice civile von 1865; hier aber mit einer wesentlichen Veränderung, welche keine Verbesserung ist. Während nämlich

die a. 1891—1896 dieses Gesetzbuchs den a. 2085—2090 des französischen C. civ. fast wörtlich folgen, ist an Stelle des a. 2091 Code civ. folgende Bestimmung als a. 1897 getreten [1]): L'anticresi non produce effetto che nei rapporti tra debitore e creditore e i loro eredi, d. h. der dingliche Charakter ist kategorisch verneint und der Nutzpfandgläubiger auf ein obligatorisches Verhältniß zum Verpfänder und seinen prekären Schutz verwiesen; daher denn auch in tit. XXII a. 1932 des italienischen Gesetzbuchs die Antichrese nicht unter den Rechten erwähnt wird, welche die Transscription erheischen: a. 1932 Devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione:

1) — — — — — — — — — — —

2) Gli atti tra vivi che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto. — — Vgl. auch ib. a. 1314 und Rinaldi, Saggio sul diritto d'anticresi im Archivio giuridico XXI p. 309. 321, sodann die Entscheidung in Sampolo's Circolo giuridico VIII p. 362 fg. [2]).

Neben das französische Gesetzbuch und seine Ausläufer tritt das Preußische Landrecht, welches in I 18 § 228, II 4 § 80, hauptsächlich aber in I 20 § 225 fg., vgl. auch mit I 20 § 26, die Revenüenhypothek anerkannt hat. In dieser Beziehung ist nun aber durch § 45 des Preuß. Gesetzes über den Eigenthumserwerb v. 1872 eine gewichtige Aenderung eingetreten, wornach „ein Vertrag zwischen dem hypothekarischen oder Grundschuldgläubiger und dem Eigenthümer, durch welchen Ersteren

1) Das Neapolitanische Civ.Ges.Buch a. 1961, das Parmenser a. 2077 und das Albertinische a. 2144 waren dem a. 2091 des C. civ. gefolgt; ich entnehme diese Daten der Arbeit von Rinaldi, Saggio sul diritto di anticresi im Archivio giuridico XXI p. 308.

2) Vgl. auch Carabelli, la pratica del cod. civ. p. 488. Brini, saggio d'istituzioni del diritto civ. italiano (1881) p. 35 nennt die anticresi: eine forma di garanzia, ma secondaria per importanza.



das Recht der Veräußerung zum Zwecke ihrer Befriedigung entzogen wird", nichtig sein soll. Es ist nun zwar controvers, ob hierdurch die pure Revenüenhypothek ohne Distraktionsrecht, für die Fälle, in welchen das Grundstück veräußerlich ist, abrogirt sein soll. Vgl. Förster, Preuß. Grundbuchrecht S. 167, Achilles, die Preuß. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht S. 71, Dernburg, Preuß. Privatrecht I S. 770. Ich glaube aber, daß die Frage unumwunden zu bejahen ist; denn die Behauptung Dernburgs S. 770, daß bei der Revenüenhypothek das Pfandobjekt ein anderes sei, als bei der Substanzhypothek, woraus dann zu schließen wäre, daß der, auf die Substanzhypothek sich beziehende, § 45 cit. sich gar nicht auf die Revenüenhypothek erstreckte, ist, wie gezeigt, unrichtig: Objekt bei jedem Pfandrecht, bei Nutzpfandrecht, wie bei Veräußerungspfandrecht, ist die Sache selbst; und nur die Ausbeutekraft der Pfandberechtigung ist eine verschiedene, bei der Revenüenhypothek auf die Fruchtziehung beschränkte; durch den § 45 cit. ist es nun aber gerade untersagt, die Ausbeutekraft auf den Fruchtgenuß zu beschränken und die Veräußerungskraft auszuschließen; wie ja auch nach den Motiven die Spitze des Gesetzes gegen die Revenüenhypothek gerichtet ist, weil diese, in Concurrenz mit den Substanzhypotheken, die Auseinandersetzung erschwere. Diese Motivirung ist nun allerdings nichts weniger als durchschlagend; wie die Praxis lehrt, sind die Schwierigkeiten der Auseinandersetzung keineswegs so erheblich, jedenfalls nicht so bedeutend, um den regelmäßigen Ausschluß eines, in vielen Fällen den Interessen des Verkehrs dienenden, Institutes zu rechtfertigen; daher eine Hinübernahme dieser Bestimmung in die deutsche Reichsgesetzgebung sehr zu widerrathen ist.

Trotz dieser Beschränkung hat nun aber die Revenüenhypothek im Preuß. Recht nicht allen Boden verloren. Denn einmal

kann sie als reine Revenüenhypothek noch ihre Anwendung finden bei Gütern, deren Veräußerung gesetzlich ausgeschlossen ist, I 18 § 228 und II 4 § 80; sodann ist sie gestattet in Verbindung mit der Distraktionshypothek, so daß dem Gläubiger Genuß und Distraktion zusteht, wie dies auch durch § 12 der Preuß. Grundbuchordnung v. 1872 bestätigt wird, wo es heißt: „In die erste Hauptspalte der dritten Abtheilung werden die Hypotheken und Grundschulden eingetragen. Wenn mit solchen Rechten der Besitz und Genuß des Grundstücks von Seiten des Gläubigers verbunden ist, so wird zugleich dieses Recht in der zweiten Abtheilung vermerkt.“ Vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatrecht I S. 798, und denselben und Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht I S. 423. Bei dem eigentlichen antichretischen Vertrag verlangt das Preuß. Landrecht I 20 § 227 fg. eine gerichtliche causae cognitio, um dafür zu sorgen, daß diese Art der Revenüenhypothek nicht zu wucherlichen Ausbeutungen mißbraucht wird. Man behauptet ziemlich allgemein [1]), daß diese Vorschrift durch Statuirung der Zinsenfreiheit weggefallen sei; mit Unrecht, denn die Zinsenfreiheit eliminirt durchaus nicht den Begriff des Wuchers, wie dies ja die neueste Gesetzgebung beweist, und es ist daher der causae cognitio immer noch ein großer Spielraum geboten. Als eliminirt können nur die Einzelheiten in § 229—231 gelten, welche ein fixes gesetzliches Zinsmaximum unterstellen; der Wegfall dieser Specialsätze bedingt aber in keiner Weise den Wegfall der Einrichtung selbst. Der Richter wird heutzutage bei der causae cognitio weniger auf die objektive Höhe des Zeitgenusses zu sehen haben, als auf die ethischen Faktoren des Geschäftes.

Noch geringeren Spielraum gewährt die jetzige Bayerische Gesetzgebung, nachdem das Bayerische Ausführungsgesetz zur

1) Vgl. z. B. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts III S. 446.

deutschen Civilproceßordnung in a. 124 ausdrücklich bestimmt hat, daß an unbeweglichen Sachen oder Rechten, welche Gegenstand der Hypothekenbestellung sein können, ein Besitz- oder Nutzungspfand nicht stattfinde. Hier ist das Nutzpfand nicht nur als pures Nutzpfand, sondern auch als begleitendes Element des Distraktionspfandes abgelehnt und ganz auf das Gebiet derjenigen Güter beschränkt, welche eine Hypothekenbestellung nicht zulassen. Ueber das frühere Bayerische Recht vgl. § 68 Hypothek.ges., § 21 der Prioritätsordnung, und dazu Regelsberger, Bayer. Hypoth.recht I S. 37, II S. 347 fg., Roth, Bayer. Civilrecht II S. 483 fg.

Den höchsten Grad von Ungunst findet unser Institut im Oesterreichischen Gesetzbuch, welches bestimmt:

„§ 1371. Alle der Natur des Pfand- und Darleihensvertrages entgegen stehende Bedingungen und Nebenverträge sind ungültig: dahin gehören die Verabredung — — —, daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe."

„§ 1372. Der Nebenvertrag, daß dem Gläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen solle, ist ohne rechtliche Wirkung. Ist dem Gläubiger der bloße Gebrauch eines beweglichen Pfandstückes eingeräumt worden (§ 459), so muß diese Benutzung auf eine dem Schuldner unschädliche Art geschehen." Anderseits ist in § 632 dem Fideicommißinhaber gestattet, ein Fruchtpfandrecht am Fideicommißgute zu bestellen. Der Grund der Beschränkung ist die Furcht vor wucherlichen Mißbräuchen gewesen; daher kann das antichretische Verhältniß auch nicht einmal als obligatorisches Verhältniß begründet werden; anderseits wird das gesetzliche Verbot wohl nur gegen die antichretische Art des Nutzpfandes, nicht gegen das Nutzpfand mit realer Abrechnung gerichtet sein. Vgl. auch Zeil-

ler, Comment. üb. d. allgem. bürgerl. Gesetzb. IV S. 47 fg., Kirchstetter, Comment. z. Oesterr. Ges.b. S. 596.

Bei weitem richtiger ist die Behandlung des Institutes in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern (Fortsetzung) a. 415—420. Hier ist das Nutzpfand gestattet und näher geregelt: es ist bestimmt, daß in Ermanglung einer besondern Abrede ein Sequester aufzustellen sei; aus dem Fruchtertrag seien zunächst die Auslagen, Steuern und Lasten zu bestreiten; das Nutzpfand soll dem Gläubiger ein dingliches Recht auf Einweisung in den Fruchtgenuß und auf Befriedigung aus demselben gewähren, und soll dementsprechend auch in das Grundbuch eingetragen werden. Und die Motive zu dem Entwurf III S. 124 erklären: „Wenn dieses auch in dem französischen Rechte und den ihm folgenden Gesetzgebungen aufgenommene Institut für den freien Eigenthümer keinen besonderen praktischen Werth darbieten mag, so kann dasselbe jedenfalls nicht wohl entbehrt werden für Verhältnisse, in welchen dem Eigenthümer oder Besitzer nur ein Recht an dem Fruchtgenuß zusteht, während ihm die Verfügung über die Substanz versagt ist, wie bei Stammgütern, Familienfideicommissen, Lehn- und Erbgütern und den gewöhnlichen Fideicommissen. — — Die Praxis hat diesem unabweisbaren Bedürfnisse Rechnung getragen, trotzdem, daß sie sich nicht an ausreichende gesetzliche Bestimmungen anzulehnen vermag."

In der That verdient unser Institut vollkommen die Gunst des Gesetzgebers; und es ist eine Gestattung und Normirung desselben in dem künftigen deutschen Civilgesetzbuch, und zwar eine Normirung in dem hier entwickelten Sinne, dringend wünschenswerth. Nicht nur erweist es sich in Verhältnissen des gebundenen Grundbesitzes als eine reiche Quelle pecuniärer Befruchtung, sondern auch sonst leistet es unschätzbare Dienste, sobald auf der einen Seite sich Arbeit und Ka-

pital verschwistern, auf der andern Seite der Grundbesitzer sich gegen Preisgabe des Genusses eines Einzelstückes in möglichst unpräjudicirlicher Weise einen Kapitalsatz zur Amelioration seines übrigen Besitzes und zur Steigerung der Produktionskraft desselben zu erlangen sucht. Allerdings bietet es weder dem Gläubiger einen mühelosen Conjunkturengewinn, noch dem Schuldner die Möglichkeit, seine Habe unbemerklich bis zum letzten Werthatom zu belasten und damit seine Existenz in einer Weise zu untergraben, daß der erste Ruck ihn ökonomisch unrettbar darniederwirft. Aber gerade dieses sind zwei unschätzbare nationalwirthschaftliche Vortheile, und so bewährt sich das Institut als ein ausgezeichnetes Hülfsmittel einer gesunden Agrarpolitik. Ueber das Nutzpfand als Executionspfand s. oben S. 20 fg., vgl. auch Exner, Oestr. Hypoth.R. S. 331 fg., cf. 50 fg.

§ 13.

Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbesondere Theorie der auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte.

Nunmehr, nach dieser principiellen Durchführung des Pfandrechtsgedankens, ist zu dem Pfandrecht mit beschränkter Ausbeutungskraft zurückzukehren. Nichts steht im Wege, daß die Energie des Pfandrechts geschwächt, der Gläubiger auf gewisse Genußformen, auf gewisse Sachfunktionen beschränkt wird. Die deutschen Urkundenschätze weisen eine große Reihe von Verträgen auf, in welchen dem Pfandgläubiger Beschränkungen aller Art gesteckt, oder dem Verpfänder gewisse Rechte vorbehalten sind, vgl. z. B. Urk. v. 1339 Meklenburger Urk.buch IX 6003 p. 224, Urk. v. 1375 Bremer Urk.buch III 470 p. 434, v. 1376 ib. III 498 p. 461. So die schon oben allegirte Urk. v. 1218 aus Beyer's mittelrheinischem Urk.b. (bezw. Eltester und Görz) III 85[a] p. 85: allodium meum — pro pignore

exposui, decimis exceptis; so eine Urkunde v. 1351 im Lüneburger Urkundenbuch I 464 p. 279, wo Schloß und Vogtei Blekede verpfändet werden, aber ane usen tollen, he si welkerleye he si, uppe der Elve to Blekede, unde ane gestlike len, ane Joden, ane lengout unde lenware unde anghevelle, borchlene unde lengoudes; desser stucke en vorsette we nicht; so Urk. v. 1357 Melly, vaterländische Urkunden I nr. 43 p. 36: Es sol ouch derselb Graf (Pfandgläubiger) — uns — mit der selben vest — wartund und gehorsam sein, uns, und die unsern darin und darauz ze lazzen ze allen unsern notdurfften (eine sehr häufige Clausel) [1]. Im letzteren Falle ist mit der Beschränkung bereits die Auflage einer positiven Verpflichtung verbunden, und findet sich eine solche häufig in den deutschen Pfandverträgen; so namentlich in der Gestalt von Lehenspflichten, worüber unten zu handeln ist. Besonders häufig werden bei Verpfändungen von Vogteien oder andern Ho-

1) Aehnlich Urk. v. 1375 Mon. Zoller. IV 313 p. 348: es werden Aemter verpfändet mit allen weisaten, wandeln und fellen, auzgenomen grozzer felle, die wir unsselber haben behalten; Urk. v. 1374 ib. IV 235 p. 263: als oft auch ein totslak in dem obgenanten gericht geschee, was dovon zu busse und besserung mak gevallen, dieselbe besserung schol uns und unsern erben halbe, und das ander halbteil dem (Pfandgläubiger) und seinen erben ongeverde volgen und gevallen. Aehnlich Urk. v. 1375 ib. IV 312 p. 346, v. 1374 ib. IV 232 p. 260, v. 1379 ib. V 22 p. 20, v. 1383 ib. V 126 p. 129; Urk. 1369 Sudendorf III 426 pag. 287, v. 1440 Cod. Brand. XI p. 166 nr. 17, v. 1555 ib. IV p. 457 nr. 18. Besonders häufig ist der Vorbehalt des Oeffnungsrechts: daß die verpfändete Burg dem Eigenthümer in seinen „Nöthen" offen stehen soll, so Urk. von 1365 Sudendorf III 279 p. 185, v. 1368 ib. III 344 p. 231, 369 p. 249, 375 p. 253, 427 p. 289, v. 1369 ib. 427 p. 289, v. 1371 ib. IV 148 p. 100, 149 p. 102, 162 p. 117, v. 1372 ib. IV 264 p. 184, v. 1393 ib. VII 177 p. 198, v. 1394 ib. VII 287 p. 291, 320 p. 309, v. 1395 (?) ib. VIII 57 p. 45, v. 1396 (?) ib. VIII 112 p. 108, v. 1396 ib. VIII 121 p. 114, v. 1398 ib. VIII 245 p. 332, v. 1399 ib. VIII 252 p. 345, v. 1366 Mon. Zoll. IV 87 p. 99, v. 1381 ib. V 83 p. 95, v. 1409 ib. VI 495, v. 1304 Würdtwein, dipl. Mag. I 55 p. 107.

heitsrechten Vorbehalte zu Gunsten der Unterthanen oder zu Gunsten von Schutzbefohlenen gemacht, vgl. Urk. v. 1364 im Codex diplom. ad Historiam Raeticam (Ed. von Moor) III 116 p. 178, Urkunde von 1407 Melly, Vaterländ. Urk. I 93 p. 63, Urk. von 1404 im Codex diplom. Saxoniae Regiae V (Stadt Pirna) nr. 65 p. 379: das er die burger zu Pyrne und ander manne und undersessen uber ire rechte und gewonliche czinse nicht beswern noch dringen soll in dheine weis [1]). Sehr interessant ist insbesondere eine Urk. v. 1363 bei Seibertz II 775 p. 492, wo ein Leibeigener für 6 march pennighe in der Art verpfändet ist, daß er jährlich eine Mark bezahlen und so in 6 Jahren die Schuld abtragen soll (nicht hoer en zal he ene schadten) [2]).

Diese Beschränkungen des Nutzpfandgenusses sind nun aber nichts dem germanischen Rechte Eigenthümliches; sie müssen sich entwickeln, wo immer sich das Nutzpfand in der Praxis bildet; sollte es den Parteien immer genehm, sollte es immer das den ökonomischen Verhältnissen Entsprechende sein, daß der Gläubiger allen Nutzen beziehe? Daher waren gewiß auch in der römisch-griechischen Rechtsentwicklung derartige Beschränkungen vielfach im Gebrauch, und daß sie es waren, dafür bietet uns das Syrisch-römische Rechtsbuch (herausgegeben von Bruns und Sachau) eine glänzende Bestätigung. Der § 99 der Londoner Handschrift enthält, nach der Uebersetzung daselbst II S. 29, Folgendes: „Wenn ein Mann einem anderen ein Land als Pfand verpfändet und zwischen ihnen ist die Bedingung,

1) Vgl. auch Urk. v. 1379 Mon. Zoll. V 42 p. 44, v. 1399 Cod. Brand. XI p. 68 nr. 97, v. 1426 ib. XI p. 161 nr. 12, v. 1432 ib. VII p. 24 nr. 4, v. 1438 ib. XI p. 165 nr. 16, v. 1440 ib. XI p. 166 nr. 17, v. 1487 ib. p. 427 nr. 48.

2) Aehnlich bereits Urk. v. 1299 im Cod. dipl. Rheno-Mosellanus II nr. 384 p. 535.

daß der Leihgeber das Erträgniß des Landes bekommen soll anstatt Zinsen seines Geldes, so ist es dem Leihgeber gültig. Wenn aber ein Mann eine Eselin verpfändet oder eine Stute, und der Leihgeber macht mit dem Entleiher die Bedingung, daß das Thier arbeite bei dem Leihgeber an Stelle der Zinsen seines Geldes, dann gehört das Junge, welches das verpfändete Thier wirft, seinem Herrn, der es verpfändet hat." Also ein Nutzpfand innerhalb der Schranken des Usus, welche Beschränkung in griechischen Ländern bei der antichresis um so leichter angenommen werden mochte, als ja auch Papinian und Ulpian das Legat der χρῆσις als Legat des usus, nicht auch des fructus, fr. 10 § 1 de usu, interpretirten.

Es ist daher unbedingt zulässig, ein Pfandrecht in der Art zu begründen, daß der Pfandgläubiger auf die den Umfang einer Servitut erfüllende Nutzkraft der Sache beschränkt ist. Eine solche Beschränkung kann bei dem puren Nutzpfande stattfinden, wie bei dem puren Veräußerungspfande, sie kann auch stattfinden bei dem Pfande, welches Nutz- und Veräußerungspfand zu gleicher Zeit ist. Gewöhnlich werden bei dem letztern die Sphäre der Nutzung und die der Veräußerung einander entsprechen, so daß die Sache in derselben Weise zu veräußern ist, wie sie benutzt werden durfte; es ist aber auch das Gegentheil möglich, daß z. B. die Nutzungsbefugniß weiter geht, als die Befugniß der Distraktion, wobei es nur seltsam ist, wie diese Möglichkeit je den Gegenstand des Zweifels bilden konnte — wenn auch natürlich eine solche Discrepanz zu den selteneren praktischen Ausnahmen gehört. Umgekehrt ist es zulässig, bei der Verpfändung die Norm zu treffen, daß dem Pfandgläubiger zwar in thesi die volle Sachausbeute zukommt, dabei aber zu Gunsten des Verpfänders irgend welche Vorbehalte stattfinden; und dies kann ebenfalls vorkommen bei dem Nutzpfand, bei dem

Veräußerungspfand und bei demjenigen Pfand, welches beides combinirt.

Bezüglich der Distraktion verhält es sich in allen diesen Fällen, wie folgt. Der distrahirende Gläubiger kann in der Person des Erwerbers nur dasjenige Recht begründen, welches dem Umfange von Ausbeutebefugnissen entspricht, die ihm zu Gebote gestellt sind; also in den einen Fällen ein beschränktes Eigenthum [1]), in den andern eine Servitut: die Beschränkungen

1) Das heißt: ein Eigenthum, wobei eben der Erwerber sofort zu Gunsten des frühern Eigenthümers eines oder das andere Genußrecht zurücküberträgt, was zugleich mit dem Erwerbsakte uno tenore zu geschehen pflegt. Denn ein beschränktes Eigenthum in der Art, daß einzelne Befugnisse detrahirt würden und sofort bei dem Veräußerer zurückblieben, gibt es nicht; der Ausdruck deductio oder detractio servitutis bezeichnet den wirthschaftlichen Effekt des Totalgeschäftes, nicht die juristische Qualität des Uebertragungsaktes. Vgl. auch Gajus in fr. 3 commun. praed.: duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur serviat ei quod ipse retinet, vel contra, jure imposita servitus intellegitur. Lenel in Iherings Jahrb. XIX S. 244 findet in einer ähnlichen Darlegung von mir, wornach das Eigenthum den Römern ein Komplex von Rechten sei, dem weder etwas beigefügt noch etwas abgezogen werden kann (Iherings Jahrb. XVI S. 107), einen wunderbaren Kontrast zu der Ausdrucksweise des Modestin in fr. 19 de usu et usufr.: detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego. Natürlich ist der Kontrast sehr einfach: es ist der Kontrast der präcisen Juristensprache gegenüber der vulgären Sprache des Lebens, die Modestin übernommen hat; und es zeigt sich auch hier, daß das Einfache mitunter das Wunderbarste ist. Vortrefflich wird die richtige Ansicht dargelegt von dem Italiener Gugino, Concetto del diritto di pegno im Circolo giuridico IX (1878) p. 232: La proprietà non è la somma delle attribuzioni e dei diritti cogitabili ed esercibili sopra una cosa; ma è un tutto, una unità, un diritto, di cui i singoli diritti e le singole attribuzioni sono come conseguenza dello stesso; un diritto non suscettibile di aumento o di lacune. Es läßt sich übrigens nachweisen, wie sich der vulgäre Sprachgebrauch von der Römerzeit her durch das Mittelalter hindurch bis zur Neuzeit urkundlich fortgepflanzt hat; vgl. z. B. die Urkunden des Klosters Farfa von 770. 772. 824 bei Catino, Regesto di Farfa d. 79 p. 75, d. 87 p. 89, d. 274 p. 226. Auch für die Irrthü-

des Pfandrechts kehren eben in dem Rechte wieder, welches der Gläubiger in der Person des Erwerbers begründet. Dieses ist das Geheimniß des Pfandrechts an der servitus constituenda.

Handelt es sich nun um ein bloßes Nutzungspfand in dem Umfange des Usufruktes[1]), so erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an der Sache mit der Befugniß der Ausbeute in der Sphäre des Usufruktes, d. h. in der Sphäre der persönlichen, direkten oder indirekten, Erwerbsthätigkeit. Hier erwirbt er natürlich die Früchte erst mit der Perception; auch bezüglich des sonstigen Maßes des Genusses, bezüglich der Beendigung durch mutatio substantiae und Tod, erleidet das Genußrecht dieselbe Beschränkung, wie das Genußrecht des Usufruktuars[2]). Nichtsdestoweniger ist dieses Recht ein, eben in diesen engen Rahmen eingepaßtes, Pfandrecht mit der dem Pfandrechte eigenthümlichen Zweckbestimmung: Es erlischt mit der Tilgung der Forderung, es geht mit der Cession der Forderung in der Art über, daß der Cessionar in die Ausübung eintritt, natürlich in dem Umfange und mit der Beschränkung, wie sie

---

mer des Sprachgebrauches bauen die Urkunden die Brücke. — Auf die widersprechende Ansicht von Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs S. 59 fg., kann ich hier nicht eingehen.

1) Vgl. fr. 11 § 2 de pign., c. 1 § 1 si pignus pign. dat. (8, 23 (24)); dagegen gehört fr. 15 pr. de pign. nicht hierher. Denn sollte auch die Lesart: convenerit aut de usu fructu aut de his quae nascuntur, richtig sein, so wäre hier usufructu in einem uneigentlichen Sinne = fructu, fructibus zu verstehen, sonst wäre die Gegenüberstellung völlig ungeeignet. Vergl. auch Zachariä, Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 38 fg.

2) Dies wird mit Unrecht geläugnet von Büchel, jura in re S. 91, welcher verkennt, daß zwar ein Pfandrecht, aber eben ein Pfandrecht innerhalb der Sphäre des Usufruktrechts bestellt worden ist. Es bedarf demnach keiner besondern Uebereinkunft, um das Pfand diesen Erlöschungsgründen zu unterwerfen.

bei dem cedirenden Pfandgläubiger begründet war. Daher ist auch von einer cautio usufructuaria keine Rede, sofern diese nicht bedungen ist — denn, wird der volle Nutzpfandgläubiger ohne Caution zugelassen, so muß auch der partielle Nutzpfandgläubiger in der gleichen Weise zugelassen werden; außerdem kann er, wie jeder Pfandgläubiger, jeweils an seiner Forderung gehalten werden. Der Anspruch des Gläubigers auf ungestörte Ausbeute innerhalb seiner Sphäre ist natürlich eine actio hypothecaria, keine actio confessoria. Daß die erstere in Rom eine, der Eigenart des Falles entsprechende, Modification erleiden mußte, unterliegt keinem Zweifel; welche Modification, lassen wir dahingestellt, da diese Frage lediglich dem nationalen Römerrecht angehört, und hierüber eine bestimmte Auskunft doch wohl nicht zu erlangen ist.

Die Art und der Umfang der Distraction, welche hier dem Pfandgläubiger im Falle des Veräußerungspfandes zusteht, ist nicht außer Zweifel. Ist die Sache so, daß der Pfandgläubiger in der Person des Erwerbers einen neuen, nach der Person dieses Erwerbers zu beurtheilenden Usufrukt, begründet? — oder so, daß ein, nach der Person des Pfandgläubigers zu beurtheilender, Usufrukt in der Person des Erwerbers entsteht? Wie gezeigt, kann der Pfandvertrag hier Verschiedenes bestimmen. In Ermanglung einer besondern Bestimmung aber ist anzunehmen, daß dem Erwerber durch die Distraktion ein Usufrukt nach Maßgabe der Person des Pfandgläubigers, also nach Maßgabe der Person dessen, mit welchem der Verpfänder den Pfandcontract abgeschlossen hat, zu creiren ist. Denn einmal folgt dieses aus dem oben angeführten Satze, daß das Nutzpfand und das Distractionspfand im Zweifel einander entsprechen; sodann kann es nicht wohl als die, den Verhältnissen entsprechende, Verkehrsmeinung erachtet werden, daß es der Pfandgläubiger in der Hand haben soll, nach seinem Belieben einen

Usufrukt von Alt oder Jung, von Greis oder Knabe zu bestellen, oder gar den 100jährigen Usufrukt einer juristischen Person [1]) zu begründen. Sehr entsprechend wäre in diesem Falle die commissorische Clausel, wornach, im Falle der Nichtzahlung, das Pfand bezüglich des Usufruktus dem Gläubiger verfallen, dieser selbst Usufruktuar würde, und damit quasi solutione die Forderung unterginge. Ich glaube, daß diese Behandlung in Rom gerade die normale war und von den römischen Juristen vorzüglich erörtert wurde, und daß, infolge des Constantinischen Verbots der commissorischen Clausel [2]), diese Erörterungen und die damit zusammenhängenden Untersuchungen über unsere Institution unter der Scheere der Compilatoren gefallen sind; wodurch allein die außerordentliche Dürftigkeit der Quellen über unsere, sowohl praktisch bedeutsame, als auch den Scharfsinn des Juristen in hohem Grade reizende, Lehre erklärt wird.

Der Usufrukt, welcher infolge der Distraction entsteht, ist ein Usufrukt nach aller Regel; er unterliegt der cautio usufructuaria, er untersteht den gewöhnlichen Beendigungsgründen des Usufrukts, er wird vertheidigt von der actio confessoria; er ruht natürlich nicht auf der Basis eines Forderungsrechts, wie das seitherige Nutzpfand: vielmehr ist das Pfand durch die, in der Distraction liegende, Totalausübung erstorben; ähnlich, wie das gewöhnliche Pfand durch Distraction erstirbt, nachdem es in der Hand des Erwerbers ein reguläres Eigenthum begründet hat. Wenn vorhin von einem Usufrukt nach der Regel gesprochen wurde, so ist dies natürlich im Sinne des heutigen Rechts gesprochen; denn im röm. Rechte konnte der Gläubiger nur einen ususfructus tuitione praetoris [3]), keinen ususfructus juris civilis begründen, da ihm die in jure cessio

1) fr. 56 de usufr., fr. 8 de usu et usufr.

2) Vgl. Warnkönig im Archiv f. civ. Pr. XXIV S. 319. 332. 351.

3) Vgl. fr. 1 pr. quib. mod. usufruct. vel usus amitt.

sicherlich nicht zu Gebote stand. Vgl. auch Schmid, Cession I S. 251.

Daß auch eine dem Ausbeutungsgehalte des Usus entsprechende Verpfändung möglich ist, kann nicht bezweifelt werden; denn bei allen diesen Pfandbestellungen handelt es sich nicht um eine juristische Singularität, sondern um eine freie Beschränkung des Pfandgenusses, welcher umsoweniger ein öffentliches Interesse entgegensteht, als ja der entsprechende Genuß des Usuars die ungetheilte Billigung der Rechtsordnung findet. Doch wird gerade diese Varietät des Pfandes wohl regelmäßig nur als bloßes Nutzpfand bestellt werden [1]), da eine Distraction in der Art, daß der Erwerber einen Usus nach Maß des persönlichen Bedürfnisses des Pfandgläubigers erhält, — bei der Relativität und Unbestimmtheit des persönlichen Bedürfnisses, welches sich nur durch die That erproben kann, — unmöglich [2]), eine Distraction in der Art aber, daß der Erwerber einen Usus nach seiner Person erhält, zwar möglich ist, nicht aber dem normalen, regelmäßigen Sinne des Institutes entspricht.

Bezüglich der Prädialservituten ist ebenso bloßes Nutzpfand und bloßes Veräußerungspfand, oder auch eine Combination beider möglich; in allen diesen Fällen liegt ein Pfandrecht an dem fundus serviens innerhalb der Sphäre des Servitutenge-

1) So werden in den deutschen Urkunden vielfach beschränkte Holzgerechtsame pfandweise bestellt; z. B. Urk. v. 1441 Cod. Brand. VI p. 204 nr. 273: also vele holtes alse sie to unnses Slotes und orer behuff und noeddorff behuven und bederffen werden to wynnende und to brukende, doch neynerley holt to verkopen edder to vergeven, Urk. v. 1370 Mon. Boica XLII 207 p. 518: brunneholczs und buweholczs nemen — waz sie dez bedurffen — und sullen auch — doruber nichts verkeuffen oder hingeben —.

2) Vergl. R. Schmid in der Z. für Civ.R. und Proceß N. F. V S. 345.



nusses vor. Daher bietet dieses Pfand als Nutzpfand dem Gläubiger das Recht, den fundus serviens in servitutenmäßiger Weise zu Gunsten seines Nachbargrundstückes zu benützen; in servitutenmäßiger Weise, daher nach dem Maße des Bedürfnisses seines quasimodo herrschenden Grundstücks. Dieses beschränkte Pfand ist, wie bereits bemerkt, in seiner Construktion demjenigen Nutzpfande an dem fundus serviens gleich, welches entsteht, wenn der Schuldner einen fundus dominans und damit die diesem fundus dominans dienende Servitut in Nutzpfand gegeben hat: auch im letztern Fall hat der Pfandgläubiger ein auf die Servitutenausübung beschränktes Pfandrecht, und der Unterschied beider Fälle liegt nur in ihrer Begründung: in unserm Falle wird das auf den Servitutgehalt beschränkte Pfandrecht spontan begründet; dort dagegen besteht bereits eine Servitut, und wird von dem Pfandbesteller zunächst ein Totalpfand am fundus dominans und dabei noch ein der Servitut entsprechendes Theilpfand am fundus serviens creirt. Naturgemäß ist auch in unserm Falle ein Pfandrecht und nur ein Pfandrecht gegeben, es folgt allen Schicksalen des Pfandrechts [1]) und seine Wahrung und Vertheidigung geschieht durch den Pfandanspruch [2]); wenigstens bestimmungsgemäß durch den Pfandanspruch, mögen die Römer auch noch eine confessoria

---

1) Aber auch nur den Schicksalen des Pfandrechts, daher das Recht z. B. nicht durch den bloßen non usus erlischt. Dies widerspricht nicht dem oben bezüglich des Usufruktus Ausgeführten. Denn der Untergang durch non usus ist nicht in einer bestimmungsgemäßen Schranke des Servitutengenusses begründet, sondern in der zerstörenden Gegenaction der Eigenthumsordnung, welche gegen die Servitut und nur gegen die Servitut gerichtet ist, und auch nur hier ihre Berechtigung hat; vgl. meine Abhandlung in den Annalen der Bad. Ger. B. 43 S. 27.

2) Ueber die Fassung der hypothecaria in diesem Falle vgl. Lang, Arch. f. civ. Praxis Band 29 S. 340, Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten S. 95.



utilis gegeben haben. Es ist verwunderlich, wie sehr man sich mit diesem Pfandgenusse gequält hat, als ob ein Pfandgenuß in der Beschränkung der Befugnisse nach Analogie des Servitutengenusses nicht ebenso gut möglich wäre, als ein totaler Pfandgenuß. Und wenn man immer gefragt hat, ob nicht hierin doch ein Servitutenverhältniß und dergl. stecke, so hätte man ebenso den vollen Nutzpfandgläubiger zum Eigenthümer machen können, weil ihm der volle Sachgenuß zusteht. Wird der fundus dominans veräußert, so kann das Pfand als Nutzpfand nur in der Weise aufrecht erhalten werden, daß seine Ausübung dem Erwerber des fundus dominans übertragen wird — ein juristisches Hinderniß liegt nicht vor, da ja dadurch der Servitutengehalt nicht auf ein anderes Grundstück hinübergelegt wird, sondern dem fundus dominans gewahrt bleibt [1]). Ebenso könnte bei einer Cession der Pfandforderung das Nutzpfand nur in der Gestalt der Ausübung durch den Cedenten, qua Eigenthümer des fundus dominans, erhalten bleiben. Aber in dieser Gestalt kann es erhalten bleiben, es steht dem ebensowenig ein rechtliches Bedenken entgegen, als im vorigen Fall.

Die Distraction geschieht durch Bestellung der dem Pfandrechte entsprechenden Prädialservitut. Dies unterliegt indeß einiger Schwierigkeit, da die Servitut eigentlich nur zu Gunsten desjenigen Grundstücks bestellt werden kann, welches im Pfandvertrag als das herrschende Grundstück prädestinirt ist; denn eine

---

1) Dies ist der allein richtige Ausdruck für die Unveräußerlichkeit der Servituten. Die Ausübung durch Successoren hält Göppert, Arch. f. c. Pr. 49 S. 303, für unstatthaft, weil die Ausübung nach der Bestimmung des bestellten Genußrechts nur zum Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgen dürfe. Allein die Benützung durch den Successor gegen ein an den Pfandgläubiger zu zahlendes Aequivalent ist auch eine Ausbeutung zur Deckung und Befriedigung des Pfandgläubigers; sie führt gleichfalls zum Abtrag der Pfandschuld und vollzieht hiermit die Zweckfunktion des Pfandes. Es ist dies ebenso, wie wenn sonst der Pfandgläubiger sein Genußrecht nicht selbst ausübt, sondern durch einen Andern, vgl. oben S. 189 fg.

Servitut zu Gunsten eines andern Grundstücks ist eine andere Servitut, befriedigt andere Bedürfnisse, hat einen andern Gehalt. Nun tritt aber das Hinderniß ein, daß der fundus dominans, auf den es im Pfandvertrag abgesehen ist, regelmäßig dem Pfandgläubiger gehört, und eine Distraction des Gläubigers an sich selbst bekanntlich nicht statthaft ist, c. 10 de distr. pign. Diese Schwierigkeit ist vermieden, wenn der fundus dominans inzwischen veräußert worden ist, sie wird vermieden, wenn der fundus dominans veräußert und mit der Veräußerung zugleich die Servitut bestellt wird; dies wird der gebräuchlichste Fall sein: A hat ein Grundstück verkäuflich; er leiht dem Nachbar Geld, erhält dafür ein pfandweises Wegerecht und kann, wenn es ihm gelingt, sein Speculationsgrundstück zu veräußern, zu Gunsten des Käufers desselben das Wegerecht bestellen, natürlich gegen ein Entgelt, welches er auf seine Pfandforderung in Anrechnung bringt, den etwaigen Uebererlös als hyperocha restituirend. Daß übrigens auch für dieses Pfandverhältniß die Verwirkungsclausel, die lex commissoria besonders förderlich wäre, ist offensichtlich; und es ist nicht zu bezweifeln, daß, wo die Clausel gestattet ist, unser Pfand sich hauptsächlich in Verbindung mit derselben im Leben gestalten wird. Natürlich ist ein solches Pfandrecht, mit einer lex commissoria, von einem Kauf unter einer Suspensivbedingung weitaus verschieden. Nicht nur, daß der Verfall des Pfandes nur dann eintritt, wenn der Gläubiger denselben will, — was ihm freisteht, denn der Gläubiger kann eine andere Art der Befriedigung vorziehen — sondern auch im übrigen unterliegt ein solches Pfand den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts, was die hypothekarische Succession, das Erlöschen, die Location u. s. w. betrifft. Ich halte es denn auch für einen entschiedenen Mißgriff, wenn Keller (im Jahrb. f. gemein. Recht II S. 215 fg.) und, ihm folgend, Kindervater (ebenda VI

S. 129 fg.) zu dem Constructionsmittel des suspensiv bedingten Kaufanspruchs gegriffen haben, um das Institut zu erklären; und durch Stellen wie das fr. 16 §. 9 de pign. und fr. 81 de contr. emt. wird eine solche Erklärung nicht gerechtfertigt, worüber zu vergleichen die treffenden Bemerkungen von Göppert, Arch. f. civ. Praxis B. 49 S. 299. Und wenn man, insbesondere seit Keller a. a. O. II S. 214, so vieles von der geringen praktischen Bedeutung unseres Institutes gesprochen hat, so hat man dabei ganz übersehen: einmal, daß hieran der seitherige Stand der juristischen Theorie viele Schuld trägt — denn wer würfe sein Geld in ein Wespennest juristischer Controversen hinein —, sodann aber, daß unsere Varietät des Pfandrechts gerade in Gestalt des Nutzpfandes von sehr erheblicher praktischer Bedeutung ist, wie es denn in dieser Gestalt mannigfach in germanischen Urkunden auftritt, vgl. z. B. die S. 94 cit. Urk. v. 1027 bei Vaissete V p. 382; und daß ferner dieser Pfandspecies eine große Zukunft bevorsteht, sobald die Gesetzgebung sich einmal entschließt, das Verbot der commissorischen Clausel zu durchbrechen.

Allerdings, so lange dies nicht geschieht, kommt man, wenn der Pfandgläubiger nicht zugleich seinen fundus dominans veräußert, in das unentrinnbare Dilemma: entweder sieht man von der Pfanddistraktion ab, oder man gestattet es dem Gläubiger, die Servitut zu Gunsten eines andern Nachbargrundstücks im Distractionswege zu begründen, d. h. an Stelle der einen, bestimmungsgemäßen Servitut eine andere zu constituiren. Das Röm. Recht hat sich für das Letztere entschieden in Anbetracht der individuellen Interessen dieses Falles, propter utilitatem contrahentium; es hat angenommen, daß der Pfandgläubiger in diesem Falle die Blankettbefugniß habe, zu Gunsten des einen, wie des andern Nachbargrundstücks die Pfandliegenschaft zu belasten, so daß in diesem Falle die ge-

wöhnliche Congruenz zwischen Nutz- und Veräußerungspfand cessirt [1]). So das berühmte fr. 12 de pign.: Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Natürlich muß dabei vorausgesetzt werden, daß der Wechsel des fundus dominans keine erhebliche Mehrbelastung des dienenden Grundstücks herbeiführt, weßhalb, wenn der neue fundus dominans ein erheblich größeres Servitutenbedürfniß hat, die Servitut im Bestellungsacte auf die dem maßgebenden fundus dominans ungefähr entsprechende Norm herabgesetzt werden muß [2]); und dies ist besonders wichtig bei den römisch- und deutsch-rechtlichen Weideservituten [3]), welche, je nach dem herrschenden Anwesen, der verschiedensten Gradationen fähig sind. Daß übrigens die nunmehr bestellte Servitut eine schulgerechte Servitut ist, welche die actio confessoria zu ihrer Vertheidigung hat, welche nach der Art der Servituten besteht und endet, bedarf nach dem oben Ausgeführten keiner weitern Darlegung; obgleich auch hier anzunehmen ist, daß im klassischen Rechte die Servitut nicht in der civilen Weise durch in jure cessio oder bezw. durch mancipatio, sondern nach Art des

1) Wie das Röm. Recht auch in andern Fällen von der strengen Individualität der Servituten abgesehen hat, vgl. z. B. fr. 20 § 2 de S. P. U., Schmid a. a. O. S. 352.

2) Vgl. den Fall bei Girtanner nr. 158.

3) Denn auch das römische Recht kannte solche als Realservituten, fr. 4 de serv. praed. rust., vgl. auch fr. 20 § 1 si serv. vind. und dazu Ihering Jahrb. X S. 556, Frontinus (Schriften der römischen Feldmesser) p. 15, Mommsen im Corp. J. L., I p. 91.

römischen Weltrechts durch Quasitradition oder durch pacta und stipulationes begründet wurde.

§ 14.
Fortsetzung.

Bei den seitherigen Erörterungen ist eine Frage bei Seite geblieben, auf welche man in dieser Lehre ein übermäßiges Gewicht gelegt hat, die Frage, ob ein solches Pfandrecht bezüglich aller Prädialservituten oder nur bezüglich der Bauernservituten, vielleicht auch nur bezüglich jener alterthümlichen 4 Species: iter, actus, via, aquaeductus, zulässig sei. Der Sitz der Frage liegt bekanntlich in fr. 11 § 3 in Verbindung mit fr. 12 de pign., und speciell in den Worten Marcian's: Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt (conveniri, Mommsen), ut hypothecae sint. Man hat schon die verschiedensten Aushülfsmittel versucht, um einer solchen Verschiedenheit zwischen den Bürger- und Bauernservituten einen rationellen Hintergrund zu geben [1]; aber umsonst: weder der Unterschied in der altcivilen Bestellungsform, noch der mangelnde Interdictenschutz bei den Servitutes praed. urbanorum, den die Römer durch Cautionsauflagen, operis novi nuntiatio und ähnliche Mittel indirekt ersetzt haben, noch die praktische Besonderheit der Rusticalservituten, insbesondere der altbäuerlichen Servituten iter actus via aquaeductus, will hier anschlagen, noch auch die neuerdings gehörte Behauptung, daß an negativen Servituten kein Besitz stattfinde, während doch der Besitz als faktische Situation und als Traditionsmoment nichtsdestoweniger besteht, wenn auch der Besitzesschutz und das jus possessionis mangelt [2]. Andere haben die Erscheinung für unerklärlich gehalten;

1) Vgl. noch neuerdings Hölder im Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 113 fg.

2) Vgl. auch Randa, Besitz S. 612. 616.

noch Andere die Verschiedenheit geläugnet und den scheinbaren Quellensatz darauf zurückgeführt, daß Marcian an dieser Stelle nicht von einer Verpfändung des Grundstücks im Umfang des Servitutengenusses, sondern von einer Verpfändung des bereits bestehenden Servitutengenusses zu Gunsten eines andern Grundstücks handle; also, wie man zu sagen pflegt, von der Verpfändung, nicht einer servitus constituenda, sondern einer servitus constituta spreche; wobei die Compilatoren entweder seine Ausführung ungeschickt unterbrochen und ebenso ungeschickt mit der Erörterung des Paulus in fr. 12 zusammengeschweißt, oder gar noch, um diesen Zusammenhang zu bewirken, ungeschicktesterweise das Wort urbanorum eingeschoben hätten, während es im Werke Marcians allgemein geheißen hätte: Jura praediorum pignori dari non possunt. Vgl. Windscheid § 227 No. 10 und die daselbst cit., insbesondere von der Pfordten im Arch. f. civ. Prax. Bd. 22 S. 30. Dieser Ansicht würde auch ich mich pure anschließen, wenn es keine andere Auskunft gäbe; und ich schließe mich derselben insofern an, als sie die unterscheidende Behandlung beider Arten von Prädialservituten bezüglich des heutigen und bezüglich des Röm. Rechts läugnet. Auch würde mir der etwaige confuse und verworrene Ideengang der Compilatoren wenig Schmerzen bereiten; denn wenn wir auch vollständig an die legislative Weisheit der Herren und Damen von Byzanz festgebunden wären, so wäre doch zu beachten, daß in dieser ganzen Verballhornung durch die Compilatoren nicht etwa ein neuer legislativer Gedanke, eine bewußte Abweichung gegenüber dem klassischen Rechte, sondern eine im Momente der Redaktion vorgekommene Verwechslung und kopflose Confusion zu erblicken wäre, welche einigermaßen damit entschuldigt werden könnte, daß auch Marcian kurz vorher bezügl. der Verpfändung des Usufrukts die beiden grundverschiedenen Arten der Pfandbestellung ziemlich harmlos verschwistert, und welche noch mehr

damit zu entschuldigen wäre, daß, was seither nicht beachtet zu sein scheint, das fr. 11 de pign. der Sabinus-, das fr. 12 aber der Ediktsmasse angehört.

Ich glaube indeß, daß immer noch eine, bis jetzt vollkommen übersehene, Lösung möglich ist, welche dem Passus, auch so, wie er jetzt steht, eine völlig genügende innere Berechtigung gibt und uns der Nothwendigkeit überhebt, den großen und kleinen Rathgenossen der Theodora ein Desaveu zu geben. Der Ausdruck „Verpfändung der Servitut" kann bedeuten die Verpfändung einer bereits bestehenden Realservitut, so daß durch die Distraction die bestehende Servitut auf einen Andern übertragen würde, was natürlich nicht zulässig ist; er kann ferner bedeuten die Verpfändung des Grundstücks in der Art, daß durch Distraction eine Servitut in der Person des Erwerbers begründet wird, wovon soeben die Rede war. Mit diesen zwei Deutungen hat man in der Stelle seitdem ausschließlich operirt. Die Verpfändung einer Servitut kann aber auch drittens bedeuten: die Verpfändung einer bereits bestehenden Servitut von dem Servitutenberechtigten an den Servitutenbelasteten, so daß, wenn die Zahlung ausbleibt, der Servitutenbelastete die Servitut lucrirt, die Servitut erlischt und sein Grundstück frei wird. Ist eine solche Verpfändung zulässig? Diese Frage wird bezüglich der Servitutes praediorum urbanorum aufgetaucht sein im Zusammenhang mit der unverkennbaren Strömung des Röm. Rechts, welche die Aufhebung der Urbanalservitut als die Bestellung einer, sie gleichsam compensirenden, Gegenservitut auffaßte, vgl. fr. 26 pr. de exc. rei jud., fr. 1 pr., fr. 2 de Serv. P. U., fr. 7 § 1 comm. praed., fragm. Vat. § 53 [1]), welcher Strömung auch die Wendung zuzuschreiben ist, daß

1) Vgl. übrigens auch fr. 2 pr. de Serv. P. R., welches sich aus der schwankenden Terminologie erklärt.

zum Verlust von Urbanalservituten nicht non usus genüge, sondern eine usucapio libertatis nöthig sei [1]). Denn „usucapio libertatis" ist nichts anderes, als der aus der Erwerbskategorie entnommene Ausdruck für eine der Lehre vom Verlust der Servituten angehörige Wahrheit: für die Wahrheit nämlich, daß, wo die Servitut in dem Rechte auf die Aufrechterhaltung eines, vom Nachbarn zu Gunsten des Berechtigten tendenziös gewährten, Zustandes besteht, der Verlust des Besitzes noch nicht dann eintritt, wenn der Berechtigte von dem Zustande keinen Nutzen zieht, sondern erst, wenn der, tendenziös gewährte, Zustand in einer servitutenwidrigen Weise geändert wird: die Lichtgerechtigkeit wird nicht dadurch besessen, daß der Berechtigte „durchs Fenster schaut", sondern dadurch, daß der Nachbar ihm für seine Fenster Licht und Luft frei läßt, — daher der einmal erworbene Besitz nicht dadurch aufhört, daß das Fenster außer Gebrauch gesetzt wird; der Besitz des Wassertraufrechts liegt nicht darin, daß ich das Regenwasser ableite, sondern darin, daß ich Einrichtungen habe, die es ableiten können, gegen welche der Nachbar keine Gegenanstalten trifft. Dem entsprechend beruht die angebliche Eigenheit der usucapio libertatis auf der Natur des Besitzes, wie er sich gestalten muß bei den s. g. servitutes habendi und prohibendi, d. h. den auf das Bestehen eines bestimmten Zustandes gerichteten Servituten, als welches eben im Grund und Wesen die Urbanalservituten anzusehen sind; daher auch der

1) So fr. 6 de Serv. P. U.: si vicinus simul libertatem usucapiat, fr. 32 pr. eod.: libertatem adversus Publium Maevium usucapiam, § 1 ibid.: Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; fr. 18 § 2 quemadm. serv. amitt: non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, insbesondere aber fr. 4 § 28 (29) de usurp. et usucap.: Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Vgl. Wirth, libertatis usucapio S. 15 fg.

Code civil a. 707 die Rechtsregel dahin ausspricht: Les trente ans (des non usus, die im französischen Recht erfordert werden, a. 706) commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu' il s'agit de servitudes discontinues[1]), ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues. Uebereinstimmend der italienische Codice civile a. 667. Vgl. auch Marcadé zu a. 707 C. civ. t. II p. 632, Pardessus, Servitudes III nr. 308, Demolombe XII nr. 1005 fg.[2]). Man wird mir nun allerdings entgegenhalten, daß die Besitzfrage hier ganz außer Betracht bleiben müsse, da ja die Servitut nicht durch Nichtbesitz, sondern durch non usus erlösche, wobei trotz des non usus der Besitz der Servitut fortdauern könne, — ja fortdauern könne, selbst wenn in Jahren keine einzige Besitzhandlung vorgenommen wird; so daß Manche bekanntlich sogar nach 10- oder 20jährigem Nichtgebrauch, auch wenn das Servitutenrecht erloschen ist, den Besitz noch fortdauern lassen. Doch diesen Einwand können wir unbesorgt bei Seite lassen; denn die ganze Lehre von einem jahrelangen Besitz der Servitut ohne usus ist das Ungesundeste, was man sich denken kann, und die vernichtende Kritik, welche Jhering, über den Grund des Besitzesschutzes S. 174 fg., an ihr geübt hat, enthebt mich jeder weiteren Be-

1) Die Eintheilung des Code civil in Servitudes continues und discontinues a. 688 entspricht, zwar nicht vollständig im Resultat, wohl aber in der Idee und Tendenz, der römischen Eintheilung in Servitutes Praed. Urb. und Rustic., welche übrigens im Code civ. auch erwähnt wird, a. 687, aber ohne daß eine rechtliche Bedeutung daran geknüpft würde.

2) Die französischen Schriftsteller bemerken auch ganz richtig, daß dieser Unterschied in der verschiedenen Natur der Servituten innerlich begründet ist, z. B. Pardessus a. a. O.: La différence essentielle qui existe entre ces espèces de droits explique celle que la loi a établie relativement au mode de les éteindre par prescription.

kämpfung derselben. Der Besitz einer servitus faciendi cessirt, wie jeder Besitz, wenn derselbe nicht ausgeübt wird, obgleich die normale Behandlung der Sache eine solche Ausübung dringend erheischen würde. Die Nichtausübung während 10 oder 20 Jahren ist daher regelmäßig ein annähernd gleich langer Nichtbesitz, und solcher ist der Grund der Extinctivverjährung, wenn auch die Gesetzgebung in praktischer Weise die Verjährung von der letzten Ausübung, nicht von dem letzten Momente des Besitzes berechnet, dessen Festsetzung hier besondere Schwierigkeiten bereiten könnte. Vgl. übrigens Elvers S. 772.

Das Erforderniß der s. g. usucapio libertatis ist daher im Allgemeinen nichts Besonderes; etwas Besonderes ist dagegen der positive Ausdruck statt des negativen, der Erwerbsausdruck statt des Verlustausdrucks, welcher Ausdruck geeignet ist, zu Mißverständnissen zu führen, so daß sich Paulus in fr. 4 § 28 (29) de usurp. sogar zu der Bemerkung veranlaßt sieht, daß die lex Scribonia sich auf diesen Fall nicht erstrecke; und so daß selbst ein Julian in fr. 32 § 1 de Serv. P. Urb. bei Behandlung der libertatis usucapio völlig aus der Rolle fällt. Denn dieser schließt die Erörterung über die libertatis usucapio mit der Bemerkung: Natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. Dies wird von der usucapio libertatis gesagt, und es muß daher der Ausdruck servitutium im Sinne von Gegenservitut verstanden werden: mit dem Besitz des höher gebauten Gebäudes, will Julian sagen, ist auch der Besitz der Gegenservitut altius tollendi verbunden [1]). Das zeigt uns denn ganz offensichtlich, woher der irreführende Gebrauch des Erwerbsausdrucks statt des Verlustausdrucks stammt: man dachte sich die Aufhebung der Servitut als Aufhebung

1) Die abweichende Auslegung, welche Scheurl, Z. f. gesch. R.wiss. XII S. 249, der Stelle giebt, ist gezwungen.

durch Entstehung einer Gegenservitut; man dachte sich die Aufhebung der Servitut durch Verjährung als Aufhebung durch Ersitzung der Gegenservitut, durch usucapio libertatis [1]).

Auch hat dieses römische Mißverständniß zu einem praktischen Verstoße geführt, welchen das französische Recht mit sicherem Takte vermieden hat [2]). Aus dem Wesen der auf eine dauernde Situation gerichteten Servitut ergibt es sich, daß der Besitz der Servitut fortbesteht, solange die entsprechende locale Situation besteht, wenn auch der Berechtigte von dieser Situation keinen Nutzen zieht; es folgt aber daraus ferner, daß der Besitz aufhört, sobald diese Situation aufhört, so daß mit diesem Momente der Nichtbesitz beginnt und sich bis zum Verlust der Servitut fortsetzen kann; hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Nachbargut einen Besitzer hat, welcher sich im Genusse der veränderten Situation befindet, oder nicht; der Besitz der Servitut cessirt, mag nun ein Nachbar vorhanden sein, welchem diese Veränderung bequem ist, oder nicht. So haben die Römer nicht geschlossen; sondern, von jener Anschauung ausgehend, daß die Freiheit von der Situationsservitut als eine Gegenservitut, der Erwerb dieser Freiheit als Erwerb einer Gegenservitut zu betrachten sei, sind sie zu der Consequenz gelangt, daß es zum Erlöschen der Situationsservitut nicht genüge, wenn während der Verjährungsperiode die Situation unterbrochen und verändert ist, daß dazu vielmehr erforderlich sei, daß der Nachbar diese veränderte Situation besitzen müsse, um so durch den Erwerb der Gegenservitut die erste Servitut zu zerstören; und daß er sie in ununterbrochener, zur Ersitzung tauglicher Weise besitzen müsse. Die oben gerügten Mißgriffe des Julian und Paulus sind in der

1) Die unrichtige Auffassung wird auch noch von Neuern vertreten, vgl. Kuhlmann, die Hypothek des Eigenthümers S. 29 fg.

2) Vgl. Demolombe, Cours de code civ. XII nr. 1009.

That nicht bloße theoretische Mißgriffe geblieben, sie haben sofort in diese unrichtige Consequenz eingelenkt. So Julian: si is qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio (sc. libertatis) est. Is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Und Paulus: si — per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. Dies ist ebensowenig principiell richtig, als wenn man zum Verluste der Wegeservitut verlangen wollte, daß nicht nur das Gehen unterbleibe, sondern auch der Nachbar das Grundstück dauernd besitzen müsse, welches durch das Nichtgehen lucrirt.

Uebrigens ist die ganze Strömung um so leichter zu begreifen [1]), wenn man bemerkt, wie die Römer durch ihre Formelfassung dazu gekommen sind, die negative Servitut mit einer der actio negatoria, und die Freiheit von derselben mit einer der actio confessoria entsprechenden Formel geltend zu machen, worüber die bei Windscheid § 198 No. 12 angeführte Litteratur zu vergleichen ist, und Voigt, Verhandlung der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften 1874 S. 206; vgl. auch fr. 4 § 7 si serv. vind.: hoc igitur intendo habere me jus altius tollendi invito eo, cum quo ago. Und faßt man nun ferner ins Auge, wie die Römer es als ein precario habere betrachteten, wenn der mit der servitus altius non tollendi Belastete precario höher baute, fr. 17 comm. praed., vgl. mit fr. 3 und fr. 15 § 2 de precario: so zeigt es sich ganz eclatant, wie sie in dieser Anschauung lebten und

1) Was neuerdings Cohn, Arch. f. civ. Pr. B. 64 S. 354 fg., hiergegen geltend macht, erklärt das fr. 32 §. 1 de S. P. U. nicht, sucht in fr. 4 §. 28 de usurp. et usuc. die Pointe am unrichtigen Ort, und setzt bei den Römern eine dialektische Zuspitzung der Begriffe voraus, die sie nicht besessen haben.

webten. So konnte, ja mußte sich, speciell bei den Urbanalservituten, die Frage aufwerfen, ob nicht der Servitutenberechtigte dem Servitutenpflichtigen seine Servitut verpfänden könne, so daß die Ausübung des Pfandrechts eben in der Befreiung von dieser Servitut bestände. Manche mochten diese Frage bejahen, und sie konnten dabei auf die Auffassung bauen, daß die Aufhebung einer Urbanalservitut durch die Gegenwirkung einer Gegenservitut erfolge, die Aufhebung der servitus altius non tollendi durch eine servitus altius tollendi, die Aufhebung des Wassertraufrechts durch ein Wassertraufabhaltungsrecht u. s. w. Mit diesem constructiven Mittel konnten sie sagen: eine solche Verpfändung der Servitut ist aufzufassen als eine Verpfändung der Gegenservitut, und zwar als eine Verpfändung derselben qua servitus constituenda mit der commissorischen Clausel: so daß der Pfandberechtigte, wenn die Schuld verfalle, sich selbst die Gegenservitut erwerbe, womit ipso facto die ursprüngliche Servitut zusammenstürze [1]); während er in der Zwischenzeit kraft Nutzpfandrechtes einstweilen der ursprünglichen Servitut befugterweise entgegenhandeln könne. Ebensogut, wie man demjenigen, welcher bei der servitus altius non tollendi auf widerrufliches Gestatten höher baute, ein precario habere zuschrieb: ebensogut konnte man, im Fall der Verpfändung der Gegenservitut an den Servitutbelasteten, die Sache so construiren, daß der Pfandgläubiger zunächst in antichretischer Weise höher bauen — also, der aufhebenden servitus altius tollendi entsprechend, verfahren — dürfe, und daß er sodann im Falle der Nichtzahlung, kraft der commissorischen Clausel, die servitus altius tollendi erwerbe und damit die ursprüngliche Servitutengerechtigkeit zerstöre. Diese Construction wäre richtig gewesen, wenn ihr Ausgangspunkt richtig

1) Aehnlich wie in dem Papinianischen Falle: quod si donationis causa permiseris (nämlich maceriam ducere) — servitus donatione tollitur.

gewesen wäre; aber gerade dieser war unrichtig: die ganze Lehre von einer Gegenservitut und von der Aufhebung der ursprünglichen Servitut durch dieselbe ist unhaltbar; und wenn die Römer sich stellenweise von derselben gängeln lassen, so sind sie ferne davon, sich ihr unbedingt unterzuordnen; darum verwirft auch Marcian eine solche Verpfändung der Urbanalservitut an den Servitutenpflichtigen, und zwar zunächst die Verpfändung als pignus, qua Nutzpfand, mit sofortiger nützlicher Ausbeute, sodann aber auch die Verpfändung qua hypotheca mit dem schließlichen commissorischen Verfall des Servitutenrechts [1]).

Man wird diese unsere Erklärung der Worte Marcian's als gesucht und dem natürlichen Wortsinn widerstrebend bezeichnen; man wird für eine solche Auslegung eine Fassung wie: Libertas servitutis . . pignori dari non potest, oder Aehnliches postuliren. Allein solche Einwürfe rühren daher, daß man seither, anstatt die Sache praktisch anzufassen, viel zu viel theoretisch gekünstelt hat. Ich frage einen Jeden, welcher auf das Servitutenwesen einen praktischen Blick geworfen hat, ob, wenn davon die Rede ist, daß der Besitzer einer Aussichtsgerechtigkeit seine Aussicht verkaufen, der Inhaber einer Lichtgerechtigkeit sein Licht veräußern will, nicht zuallererst an einen Verkauf an den servitutenbelasteten Nachbarn zu denken ist; ob irgend einem Geschäftsmanne dabei auch nur eine blasse Idee einer Veräußerung an einen Dritten aufsteigen wird! Und ebenso, wenn von Jemanden die Rede ist, der Geld aufnimmt und dafür sein Licht oder seine Aussicht verpfändet, ob

1) Ich will nicht behaupten, daß die Idee einer Gegenservitut nicht auch auf dem Gebiete der Rusticalservituten ihr Wesen treiben und diese Controverse heranziehen konnte; wohl aber war diese Idee, wie alles obige beweist, gerade auf dem Gebiete der Urbanalservituten besonders mächtig, und es mußte daher grade bei ihnen die Verpfändungsfrage hervortreten.

dies nicht von einer Verpfändung an den servitutenbelasteten Nachbarn verstanden werden muß! Die Redensart „Verpfändung des Lichts, der Aussicht" ist Bezeichnung des Lebens; die Ausdrucksweise „Verpfändung der Freiheit des Grundstücks" wäre matte, blasse Bezeichnung der Studirstube, welche das Leben nicht verstehen würde. Ja, selbst wenn ein solches Geschäft ausdrücklich mit dieser, an die Studirlampe erinnernden, Bezeichnung in ein Gesetzbuch aufgenommen wäre, würde man im Leben von nichts anderem, als von Verpfändung der Servitut sprechen, weil das Leben die Servitut verkörpert, von ihr wie von einem geldwerthigen, zwischen beiden Nachbarn hin- und herzuschiebenden, Gute spricht.

Man wird mir ferner entgegenhalten, daß diese Auffassung der Stelle mit dem vorhergehenden Inhalte des Fragments nicht harmonire; aber völlig mit Unrecht. Die Stelle sprach ja von der Verpfändung des bereits bestehenden Usufruktes; es war daher natürlich, daß auf die Verpfändung der bereits bestehenden Prädialservitut übergegangen wurde; diese war aber nur in der eben erwähnten Art, als Verpfändung an den Servitutenbelasteten, überhaupt discutirbar; daher sehr natürlich, daß über sie in dieser allein discutirbaren Gestalt gesprochen und gehandelt wird.

Dabei erklärt sich nun der Fortgang der Stelle im Corpus juris von selbst. Die Gedankenfolge ist diese: „Eine Verpfändung des Usufruktes ist zulässig. Bezüglich der Servituten, und zwar bezüglich der Urbanalservituten, ist (obgleich eine Verpfändung derselben an den Servitutenbelasteten nach Maßgabe der sonstigen Eigenart der Urbanalservituten ventilirt werden könnte) zu sagen, daß eine solche Verpfändung weder qua pignus, noch qua hypotheca statthaft ist." Nun folgt die Stelle des Paulus, welche mit einem Citat aus Pomponius beginnt: Pomponius behandelt die Frage, ob eine

Servitut nicht in einer bestimmten Art, in einer bestimmt bezeichneten Weise verpfändet werden könne: nämlich so, daß durch die Pfanddistraktion eine Servitut zu Gunsten eines Dritten begründet wird. pignoris conventio locum habeat, ut talis pactio fiat, ut — — vendere liceat. Auf diese Worte ut talis pactio fiat ist der Nachdruck zu legen; nicht ob jede denkbare Art von Verpfändung möglich ist, sondern ob diese bestimmte Art möglich ist, das ist in Frage gestellt; von der Rechtsfrage des fr. 11 § 3 ist zu einer ganz anderen Hypothese übergegangen. Dabei hat Pomponius, statt des Abstractum servitus, das Concretum via iter actus aquaeductus gesetzt, und Paulus und die Compilatoren haben dies beibehalten. Ein solches Concretum hat aber nicht die Bedeutung, den ausgesprochenen Rechtssatz auf die concreten Servitutenfälle zu beschränken; vielmehr ist es lobenswerthe Sitte der, stets der Praxis nahestehenden, römischen Juristen, praktische Fälle vor Augen zu stellen und ihre Entscheidungen nicht in den duftigen Nebel rein begrifflicher Abstraction hinaufzusublimiren; gerade die Pandektentitel über die Servituten geben hierfür die eklatantesten Beweise. Pomponius nun, ihm entsprechend Paulus und, ihm entsprechend die Compilatoren reden daher von via iter actus aquaeductus als Repräsentanten der Servituten überhaupt; sie wollen sagen, daß eine Verpfändung von Servituten in der an der Stelle bestimmt bezeichneten Art zulässig ist, — und an den Gegensatz gegen die servitutes urbanae hätte Niemand gedacht, wenn man nicht die entsprechende Stelle von Marcian von der gleichen Art der Verpfändung verstanden und damit nothgedrungen den Gegensatz der beiden Stellen in einen ganz unschuldigen Punkt verlegt hätte.

Verweilen wir nun noch einen Moment bei dieser Marcianischen Entscheidung: sollte wirklich ein Geschäft, wor-

nach der Aussichtsberechtigte auf seine Aussicht von dem servitutenbelasteten Nachbarn Geld aufnimmt und sie ihm verpfändet, so ohne weiteres abzuweisen sein? Sollte es nicht vielfach einem praktischen Bedürfnisse entsprechen: etwa wenn der verarmte Erbe dem reichen Speculanten, welcher den Nachbarplatz als Bauplatz verwenden möchte, seine Aussicht für sein tägliches Brot, das er im Erbhause genießen möchte, verpfänden wollte? wenn er diese Aussicht nur erst verpfänden, nicht veräußern wollte, weil ihm vielleicht für die Zukunft Hülfsmittel in Erwartung stehen, mit welchen er dieselbe wieder zu lösen hofft? Allerdings müßte man die commissorische Clausel gestatten, ebenso wie sie zu Marcian's Zeiten gestattet war: man müßte es gestatten, daß durch die Nichtzahlung das Pfand in der Art verfallen würde, daß die Aussichtsgerechtigkeit definitiv erlöschen und der fundus serviens definitiv frei würde. Mit diesem Hülfsmittel ausgestattet, würde aber dieses Pfandrecht einem wirklichen Bedürfnisse entsprechen; und sollten wir nun dasselbe verwerfen, weil es der römischen Jurisprudenz nicht vergönnt war, für dasselbe die richtige constructive Formel zu finden?[1]) Zweifelsohne läßt sich ein solches Pfandrecht construiren, nur nicht auf die Art der von Marcian abgewiesenen römischen Juristen, wohl aber auf andere Art: es wäre ein Pfandrecht an der eigenen Sache, und ein solches der interessantesten und lehrreichsten Art. Doch, das nähere Eingehen auf diese Construction würde uns zu weit auf das Gebiet der Rechte an eigener Sache führen und muß hier, um nicht zu

1) Vielleicht hat man sich hier in Rom mit Kauf auf Wiederkauf geholfen, wie sich solcher auch analog in deutschen Urkunden findet, z. B. Urk. v. 1284 bei Baur, Hessische Urk. II nr. 379 p. 363: bona — que hactenus in feodo — possedi — a domino abbate et conventu —, vendidi eisdem domino abbati et conventui — hac conditione, quod ego — — bona eadem — feodali titulo redimendi seu reemendi liberam habeam facultatem.



weit abzuschweifen, unterbleiben. Uebrigens sind es wiederum die deutschen Quellen, welche auf das eclatanteste beweisen, daß ein solches Pfand nicht eine müssige theoretische Combination ist, sondern wirklichen menschlichen Lebensbedürfnissen entspricht, wirklichen praktischen Interessen entgegenkommt. In einer Reihe von Urkunden wird eine solche Verpfändung vorgenommen, ohne daß darüber ein rechtlicher Skrupel laut wird[1]). So in einer, auch schon ihres Alters wegen merkwürdigen, Urkunde aus der Languedoc von 1067 bei Vaissete, histoire de Languedoc V chart. et diplomes nr. 278 p. 546, wo ein Lehen an den Lehensherrn verpfändet wird: Obpignoratores sumus vobis domno Raymundo Berengarii seniori nostro — — oppignoramus vobis ipsum fevum — — propter uncias centum quinquaginta —. Habemus autem praedictum fevum — per vestrum beneficium, sicut habuimus retroactis temporibus per comitem Barchinonensem. Ebenso in einer großen Reihe von Urkunden in dem vor kurzem publicirten Cartulaire de l'évêché d'Autun (Ed. Charmasse 1880); so Urk. v. 1252 ib. 65 p. 71. 72: se pignori obligasse — — episcopo Eduensi — omnia que habent et possident — que recognoverunt coram nobis esse de feodo episcopi Eduensis; Urk. v. 1255 ib. 25 p. 32: totum feodum quod teneo a — — Eduensi episcopo —, eidem episcopo tytulo pignoris, tanquam proprium ipsius feodum, obligavi et tanquam ypothecam tradidi pro quingentis quinquaginta libris; Urk. v. 1255 ib. 27 p. 34: Eduensi episcopo villam — quam ab ipso episcopo teneo

---

1) Auch Häberlin, Systematische Bearbeitung der in Meichelbecks Historia Frisingensis enthaltenen Urkundensammlung S. 152, bemerkt, „daß sehr häufig dem Lehensherrn die von ihm abhängigen Lehen verpfändet wurden, wodurch ihm gewissermaßen ein Pfandrecht an eigener Sache oder auch an einem jus in re eingeräumt ward.“ Vgl. auch Homeyer S.sp. II 2 S. 434.

in feodum, pignori obligavi; Urk. v. 1255 ib. 123 p. 122, v. 1258 ib. 122 p. 122, v. 1258 ib. 120 p. 120, v. 1264 ib. 90 p. 96, v. 1289 ib. 87 p. 93: trado et delibero eidem episcopo in pignore seu gageria et titulo pignoris sive gagerie obligo et etiam ypotheco res et bona — — generaliter omnia illa que teneo — — in feodum a dicto episcopo, v. 1289 ib. 86 p. 91, v. 1293 ib. 74 p. 80. Diese Verpfändung des Lehens an den dominus kehrt wieder in einer Urkunde v. 1217 bei Zahn, Urkundenbuch des Herzogthums Steiermark II 149 p. 221: omne feudum — quo infeudatus eram a cenobyo Gossensi — eidem cenobio — — taliter obligavi, quod si a partibus ultramarinis (dem hl. Land) rediero, nisi soluta — peccunia — in antedictis redditibus nec advocandi nec aliquam aliam violentiam inferendi nullam habeam petestatem, set si non remeavero, eosdem redditus pro salute anime mee supradicto monasterio in proprietatem pristinam derelinquo. Ebenso in mehreren Urkunden in Beyer's Urkundb. zur Geschichte der jetzt die Preußischen Regierungsbezirke Coblenz und Trier bildenden mittelrheinischen Territorien (resp. Eltester und Görz), so Urk. v. 1229/30 ib. III 365 p. 293: venerabili patri et domino meo Th. Trevirorum archiepiscopo advocatiam in Monasterio in Meinenvelt, quam ab ipso in feodo teneo, pro C marcis — exposui; ebenso Urk. v. 1230 ib. III 400 p. 317: venerabili domino — archiepiscopo advocatiam — quam ab ipso in feodo teneo, de consensu Alberti — — et Godefridi — qui advocatiam eandem a me tenent in feodo mediate, pro CL libris — titulo pignoris obligavi — —, wo noch die interessante Bemerkung beigefügt wird: fructibus medio tempore (bis zur Einlösung) perceptis in sortem minime computandis, cum sit res feodalis descendens ab archiepiscopo (womit wohl das Wuchergebot

beseitigt werden soll). Ferner Urk. v. 1233 ib. III 484 p. 377: curtim — domino meo — a quo curtes easdem teneo in feodo — titulo pignoris obligavi; Urk. v. 1239 III 650 p. 495: curtim suam — quam curtim in feodo a nobis tenent, pro trecentis marcis — communi laude et consensu nobis obligarunt manibus adunatis; Urk. v. 1252 ib. III 1142 p. 847: curtim — quam a nobis tenet in feodo — tam ab ipso — quam a — filio suo titulo pignoris accepimus pro ducentis marcis; Urk. v. 1256 ib. III 1338 p. 963: domino nostro — advocatiam — ab ipso jure feodali descendentem, cum omnibus suis appendiciis — titulo pignoris obligavimus — —. Ebenso in einer Urk. v. 1359, Urkundenbuch des Stiftes Walkenried (im Urkundb. des historischen Vereins für Niedersachsen) Abth. 2 nr. 943 p. 208: „mansos in Talhem, quos a monasterio Walkenred in feudo tenent, eidem monasterio nomine pignoris obligant. Ebenso in einer Urkunde v. 1284 in Meichelbeck, historia Frisingensis II 2 nr. 182 p. 119: Unt darumbe hat derselbe Wilhalm von Sch. — in desselben Bischofs (näml. von Freysing) Hant gesetzet zwainzech March gült, die er von dem Bistum von Vrisingen ze Lehen hat. — Darüber hat H. von N. elliu siniu Lehen, die er von dem Gotshause von Vrisingen hat, gesetzet in desselben Bischofs — Hant in phans gewis — —. Vgl. auch ib. II 2 nr. 161 p. 94 [1]). Ebenso kommt es vor, daß Vogteirechte pfandweise consolidirt werden; so eine steirische Urkunde von 1235 bei

1) Ebenso Urk. v. 1277 Cod. dipl. Rheno-Mosellanus (Günther) II nr. 281 p. 427: curtim —, quam — tenemus — a reverendo patre et domno nostro — Trevirorum archiepiscopo — jure ligio feodali, — titulo pignoris obligavimus — jam dicto domno nostro archiepiscopo. Aehnlich Urk. v. 1371 Sudendorf IV 166 p. 119: daz wir dem — erczebischoffe — zeczen — unse hus — daz wir von ym — zu lehene haben. Vgl. auch Urk. v. 1249 Font. rer. Austr., Dipl. I p. 12.

Zahn II 334 p. 438: obligavi omnem advocatiam quam habeo super prediis monasterii Oberenburgensis — abbati ejusdem loci pro XII marcis — — filius meus dabit abbati tantum V marcas et jure suo — gaudebit plenario, ego vero si ipsam redimere voluero, XII marcas persolvam; ebenso eine Urkunde v. 1238 im Hoyer Urkundb. (Ed. Hodenberg) VII nr. 17 p. 12: advocaciam cenobii schinnensis — domino Conrado abbati et Capitulo schinnensis ecclesie pro centum viginti tribus marcis — obligavi. Nihil mihi prorsus juris excipiens vel reservans; ebenso eine Urkunde v. 1242 im Urkundenbuch des Landes ob der Enns III 109 p. 113, wo der Graf von Ortenberg dem Bischof von Passau erklärt: omnia jura judicii et advocatie mee in (Oertlichkeit) et in bonis prefati episcopi — — hac conditione interposita obligavi, ut eadem bona ab omnimoda jurisdictione et dominio meo libera et exempta tamdiu cum omni utilitate et proventibus ad ipsum episcopum debeant pertinere, quousque de prefata summa auri sibi per me integraliter satisfiat. Ebenso werden die servitia dem Verpflichteten in der Art verpfändet, daß er während der Pfandperiode frei ist; so in einer Urkunde von 1334 im Meklenburger Urkundb. VIII 5514 p. 438: obligavimus pro nonaginta marcis — servicium nostrum — ita videlicet, quod dictus dominus prepositus ac sanctimoniales libere eandem villam habebunt sine servicio nobis ac nostris successoribus faciendo, quacumque eciam necessitate imminente, donec ipsis nonaginta marcas — persolverimus penitus et in toto. Ipsis autem denariis per nos aut nostros solutis, predictum servicium — — ad nos et nostros heredes aut successores redibit libere sicut prius. Und ganz allgemein heißt es in einer Urkunde von 1321 im Codex diplomaticus Lusatiae superioris (Sammlung der

Urkunden für die Geschichte des Markgrafthums Oberlausitz, herausgegeben von G. Köhler 1856) nr. 172 p. 247: Pro quibus — septuaginta septem sexagenis (die Schuldsumme) predictis fratribus omnia jura nostra, que habemus in bonis ipsorum tam feodis quam infeodis et ad nos pertinent obligavimus in hunc modum ita videlicet, quod dicti fratres omnia jura nostra in predictis bonis ad nos pertinencia habere debent sine impedimento, et tenere, quousque predictis fratribus — dicte septuaginta sexagene et septem per nos fuerint persolute. Besonders interessant endlich ist Urk. v. 1355 Cod. Brand. VII p. 317 nr. 21, wo eine Rente an den Rentenschuldner verpfändet wird: obligamus — consulibus civitatis — decem marcas annuorum reddituum de pensione nostra debita, quam nobis solvere tenentur — —, quas quidem decem marcas ipsi consules sibimetipsis et pro usibus propriis debebunt reservare [1]). —

Auch in der feudistischen Litteratur wird diese Art der Pfandbestellung für zuläßig erklärt; die französischen Feudisten gestatteten eine Verpfändung des Vasallenrechts an den dominus, wobei der Vasall zugleich von seinen Dienstpflichten entbunden werde, so Le Grand, Coutume du bailliage de Troyes (1715) I p. 130; ja es wurde dieser Fall als einer der ausnahmsweisen Fälle des gültigen mort-gage von dem Wucherverbote eximirt, Merlin, Repert. v. gage-mort V p. 412: Le second (der zweite Ausnahmsfall) fut, quand les vassaux donnèrent leurs fiefs en gage à leurs seigneurs et quand les seigneurs déchargèrent pendant qu'il jouissaient de ces gages les vassaux des services; de sorte qu'en ce cas les fiefs étaient comme éteints pendant un temps. Ganz ebenso wurde dies von den französischen Autoren bezüglich der Zinsgüter anerkannt, vgl. Merlin a. a. O.

1) Vgl. auch Urk. v. 1517 Schöpflin Als. dipl. II 1450 p. 452.

p. 412; auch hier wurde das mort-gage für zulässig erklärt, weil ja die Zins- oder Rentenschuld als zulässig anerkannt war: antichrèse qui fut trouvée licite, parce que les rentes constituées paraissaient justes ib. p. 412. Noch mehr: der Zinsherr, der treffoncier, konnte sich bei Nichtleistung der auf dem Boden lastenden Schuld executionsweise in den Nutzpfandgenuß einweisen lassen, um sich für seine oberherrlichen Ansprüche zu befriedigen, so daß auch hier ein Pfand begründet wurde, dessen Wesen darin bestand, zeitweise die auf dem Obereigenthum ruhende Last des sog. Unter- oder Nutzeigenthums zu heben. Uebrigens findet dies, wie schon die erwähnte Stelle aus Merlin beweist, nicht bloß zu Gunsten des zinsberechtigten Oberherren statt, sondern auch zu Gunsten des bloßen Rentengläubigers; und es bietet diese Art der Execution einen glänzenden Beweis für die oben gegebene Charakteristik jenes Nutzpfandes, bei welchem der Schuldner zur Einlösung zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist; für jene Charakteristik, wornach in diesem Falle die Kapitalschuld sich in eine ablösbare Rentenschuld umwandelt, zu deren Deckung der Pfandgenuß bestimmt sei: denn, was dort vertragsmäßig vollbracht wird, das wird hier vollbracht auf dem Wege der Execution: hier erlangt der Gläubiger executionsweise das Nutzpfand zum Bezug seiner Rente, zur Befriedigung seiner periodischen Rentenansprüche. Eigenartig sind dabei die Vorsichtsmaßregeln, die Protestationen, welche man einzulegen pflegte, um die Confusion, und damit den Untergang der Zinspflicht, zu verhüten: offenbar hatte die Opposition gegen die Feudallasten zu der juristischen Scheinmeinung, als ob hierdurch für alle Zeiten die Zinspflicht confundirt werden könnte, gegriffen, um den Zins abzuschütteln; und gegen diese suchte man sich zu wehren. So Coutume d'Auxerre von 1561 a. 122 (B. de Richeb. III p. 600): Si aucun heritage chargé de

rente fonciere demeure sans detempteur, celuy à qui est deue ladite rente ne se peut mettre en iceluy, sans auctorité de Justice. Mais bien après avoir presenté requeste au juge, il se pourra pour la conservation de sa rente mettre en iceluy heritage. Laquelle rente ne sera pour ce confuse, si après le detempteur apparoist, ayant le creancier de ladite rente fait ses protestations au cas pertinentes, à la charge toutesfois que les fruicts qu'il aura perçeuz audict heritage (deduits les fraiz qu'il aura faits) tiendront lieu audit detempteur, sur les arrerages de ladite rente, qui se trouveront estre deuz. Et si dedans dix ans le detempteur revient, ledict creancier sera tenu luy rendre l'heritage. Luy payant les meliorations sans deduction des levées qui demeureront audit creancier. Aehnlich die Coutume von Sens v. 1555 a. 124 (B. de Richeb. III p. 515). Solche executive Einweisungen des Rentengläubigers finden sich auch in flandrischen Stadtrechten, z. B. in der Coutume de Furne, titre 47 (B. de Richeb. I p. 672).

§ 15.

Fortsetzung. Pfandlehen.

Eine weitere Form des beschränkten Pfandrechts ist das Pfandlehen, d. h. dasjenige Nutzpfandrecht, bei welchem die Ausbeutungsrechte des Pfandgläubigers nach Maßgabe des Lehenrechts geregelt und zugleich mit den persönlichen Lasten und Rechten des Lehenverhältnisses verknüpft werden. Daß auch dieses eine Satzung, ein Nutzpfand ist, kann nach allem Obigen keinem Zweifel unterliegen, da ja die Satzungsrechte beliebig variirbar sind und auch mit persönlichen Lasten belegt werden können. Im sächsischen Rechte stieß diese Combination allerdings sehr begreiflicherweise auf Schwierigkeiten

materieller wie formeller Art; materieller Art, weil so intime persönliche Beziehungen, wie die lehenrechtlichen, nicht wohl auf die schwankende Basis des Pfandrechts gebaut werden sollten; ebensowenig, als z. B. die familienrechtlichen Beziehungen der Adoption u. s. w., mit welchen die Commendationsverhältnisse manche Analogie haben; daher denn auch das Sächs. Lehenrecht a. 78 § 1 jede Belehnung ad diem verwirft: wende al lenunge die de herre dem manne dut, die sal he ime geweren to sime live. Sodann traten Schwierigkeiten formeller Art hervor, weil die Lehensbeziehungen einen Unterwerfungsakt voraussetzten, der nur im Lehensgericht vor sich gehen konnte, während die Satzung im Landgericht zu ertheilen war: Sal man gut setten als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die dingplichten to getüge hebbe; sal aver lenunge geschien als it helpende si, die sal geschien vor des herren mannen an den man is getüch hebbe, Sächs. Lehnrecht a. 55 § 8 [1]). Ueber beide Bedenken aber hat man sich später hinweggesetzt; ziemlich schnell über das materielle, indem man mehr und mehr die dingliche Seite des Lehensverhältnisses betonte und das persönliche Treuverhältniß dahinter zurücktreten ließ [2]); wie denn jener Satz von der unumgänglichen Lebenslänglichkeit des Lehensverhältnisses, nach Aussage des Spieglers, bereits zu seiner Zeit bestritten war; und das formelle Hinderniß ließ sich überwinden, sobald es Obergerichte gab, welche Gerichte des Land- und Lehenrechts zugleich waren, vgl. Homeyer, Sachs.sp. II 2 S. 351. Jedenfalls finden wir bereits im 13. Jahrhundert eine Reihe von Urkunden, in welchen ein Pfandlehen constituirt wird. So eine Urkunde v. 1247 bei Lacomblet II 317 p. 165: castrum

1) Nicht richtig wird dieser Grundgedanke des Spieglers erfaßt bei Meibom S. 390.

2) Vgl. auch Ehrenberg, Commendation und Huldigung. S. 155.

de Novimagio cum omnibus suis attinentiis — — pro decem millibus marcarum argenti et pro omnibus expensis — predictis decem millibus marcarum superadditis titulo feodi infeodavimus. Bemerkt wird noch: si ipsum comitem ita decedere contigerit, quod filium aliquem heredem non relinquat, omnia bona feodalia — filie sue — recognoscimus tanquam a filio possidenda. Aehnliches in einer Urkunde v. 1248 ib. p. 165 Anmerk.: castrum apud Novimagium pro sexdecim millibus marcarum — eidem comiti et suis heredibus obligavimus et dictam pecuniam concessimus sibi et suis successoribus in feodum a nobis et a posteris nostris habendam, donec eidem comiti vel suis heredibus dicta pecunia integraliter fuerit persoluta. In einer weiteren Urkunde v. 1248 bei Lacomblet II 329 p. 171 heißt es: curtes nostras — in elemosinam et feodum pro trecentis et viginti marchis titulo pignoris obligasse, ita quod, cum — trecentas et viginti marchas — persolverimus, curtes — nobis et imperio cedent libere et absolute. So ferner in einer Urkunde von 1271 bei Böhmer, principia juris feudalis (1790), Appendix documentorum XI p. 392: domum, — — — (Namen der Träger) a manu nostra in feodo tenent tam diu, donec octo marcas bremensis argenti et ponderis, nobis a jam dictis personis creditas, eisdem in integrum persolvamus. Folgen dann Bestimmungen über die Einlösung: si in festo Michaelis predictas domos per dictam pecuniam redimere neglexerimus, nobis eas redimere non licebit, nisi anni curriculo iterum revoluto. Vgl. auch Urk. v. 1259 Mon. Boica XXXIII nr. 87 p. 90: pontem — curiam — civi nostro suisque heredibus in feudum contulimus — — Eo salvo ut quandocumque nobis — voluntas et facultas fuerit idem feudum comparandi — pro ponte centum et oc-

taginta, pro curia vero nonaginta libris — — solutis — ad ecclesie nostre redeant libertatem; und vgl. auch bereits Urk. v. 1166 Orig. Guelf. (Scheid) III Prob. 52 p. 495.

Meibom S. 387 fg. will nun zwar in solchen Fällen zwei Institute streng scheiden, das feudum pignoraticium oder Pfandlehen und das pignus feudale oder Lehenspfand, von welchen das erstere ein Lehen mit pfandweisem Erlöschen, das letztere eine mit lehensrechtlichen Beschränkungen und Pflichten belegte Satzung wäre. Der praktische Punkt des rechtlichen Unterschiedes wäre der, daß das erstere nach Lehenrecht, das letztere nach Landrecht vererbt würde. Indeß eine solche Zweiheit von Instituten läßt sich weder aus den Rechtsbüchern noch aus den Urkunden erweisen; und was die Beerbung betrifft, so vererbt sich eben das Pfandrecht mit der Forderung und in gleicher Weise, wie diese; die Kapitalforderung aber, welche sich praktisch in dem Recht auf Empfang der Einlösungssumme äußert, vererbt sich regelmäßig in allodialer Weise; es müßte denn der Fall so liegen, daß die Forderung selbst als Lehen begründet wäre, in welchem Falle natürlich mit der Forderung auch das Pfand der Lehenssuccession folgen muß; so eine interessante Urk. v. 1327, Cartulaire de Namur (Ed. Bormans) I 60 p. 191: nous lui avons donné et donnons pour lui, ses hoirs et successeurs — à tenir en fief et en homage de nous, de nous hoirs ou successeurs — deuz cens livrees de rente hyrretaulement — les quelles deuz cens livrees de rente nous lui avons assennées et assenons pour lui, ses hoirs ou succcesseurs — à prendre et à lever ès lieuz chi-après nommés. — — — Et est assavoir que totes fois qu'il nous plaira — nous povons et pourons racater le somme des deuz cens livrees de rente — aber es hat sodann der Vasall das Geld in einem Grundstück anzulegen, das er zu Lehen trägt: et del argent que li

racas dez deuz cens livrees de rente — montera, doit il dis Godeffrois — — acater deuz cens livrees de terre en nostre conté de Namur — — oder außerhalb tant de terre en aluez qu'il en deffauroit, le quelle li dis Godeffrois — releveroent et tenroent de nous — en fief et en homage — — bis dies geschehen oder dafür Sicherheit geleistet, solle das Geld in dritte Hand deponirt werden dürfen. Vgl. auch Stobbe, deutsches Privatrecht II S. 377, Pätz, Lehrb. d. Lehnrechts (1819) S. 100, Homeyer a. a. O. S. 284.

Dagegen ist in der Urkunde bei Lacomblet II p. 165 Anm. offenbar eine allodiale Succession gemeint, in der Urkunde II 317 die Töchtersuccession gewahrt: der Forderungsanspruch ist eben allodial, als was er denn auch überall wird zu gelten haben, sobald nicht aus dem Bestellungsakte sich ein Anderes ergibt.

Eine ähnliche Art des beschränkten, mit obligatorischen Pflichten behafteten, Pfandrechts ist das Pfandrecht in amptmannsweise, wie es sich besonders in den Mon. Zoller. findet, z. B. Urk. v. 1409 ib. VI 509 p. 567, v. 1413 ib. VII 170 p. 145, v. 1413 ib. VII 172 p. 147, v. 1415 ib. VII 379 p. 281. —

Ein Distractionspfand mit der Befugniß, in der Person des dritten Erwerbers ein Lehensverhältniß gegenüber dem Eigenthümer der Sache zu begründen, denselben zum Vasallen des Eigenthümers und Verpfänders zu machen, wird nicht wohl vorgekommen sein; einer solchen Bildung standen überwiegende lehenrechtliche Bedenken im Wege. Dagegen ist ein Pfand mit lex commissoria — in dem Sinne, daß bei Nichtzahlung die Sache an den Gläubiger zu Lehenrecht, qua Vasallen des Schuldners, anfällt, — sehr wohl denkbar, und läßt sich auch in einer Reihe von Urkunden nachweisen. Eine solche partielle lex commissoria verhält sich zur vollen Verfallclausel, wie sich die Distraction zu Lehenrecht, wenn sie vorkäme, zur Distrac-

tion zu Eigenthum verhielte. Diese Varietät der lex commissoria findet sich in einer Urkunde von 1247, Urkundb. des Landes ob der Enns III 135 p. 137, wo gesagt ist, daß, wenn die Sache in einem Jahr nicht eingelöst wird, die Pfandgläubiger das Gut tenebunt tytulo feodali; so auch Urk. von 1281 ib. III 585 p. 539: si bona non redemero —, ipsa a me feodaliter obtinebit; von 1297 ib. IV 293 p. 270: wenn nicht eingelöst, so: ist dev Hub von mir — sein recht lehen. Diese Verfallclausel kommt vor pure oder gegen entsprechende Aufzahlung; so Urk. von 1283 ib. IV 4 p. 4: sin secundum arbitrium duorum virorum tantum mihi superaddet, quod obligata bona justo feodo sua erunt; ebenso Urk. von 1304 ib. IV. 493 p. 458, wo ein gewisser „Otacker der Esel" eine Gült verpfändet, und für den Fall, daß sie nicht eingelöst werde, erklärt: so sol dev vorgenantev gült sein rehtz lehen sein und seiner Housfrowen und all seiner erben sun und töchter von mir und von meiner Hausfrowen, er sol aber mir her zü geben, swezz tewer ist nach zwaier piderb manne rat. — —

Die Ueblichkeit einer solchen feudalen Verfallclausel ergibt sich auch aus den langobardischen Lehenrechtsquellen, wo dieselbe allerdings verpönt wird; einmal wegen des allgemeinen Verbotes der lex commissoria, sodann aber aus dem specifisch feudalen Grunde, weil eine solche Speculation für ein persönliches Treu- und Ergebenheitsverhältniß, wie das Lehen, unpassend, seiner ethischen Tendenz widersprechend wäre. So I Feud. 27: Si quis obligaverit aliquam rem pignori eo pacto, ut, si statuto tempore pecunia soluta non fuisset, res esset creditoris, et eam pro feudo habeat, potest debitor quandocunque pecuniam solvendo, pacto non obstante, pignus recuperare. Feudum enim non sub praetextu pecuniae, sed amore et honore domini acquiren-

dum est. So auch II Feud. 51 § 6: feudum lege commissoria datum non valet — —.

§ 16.
Schluß.

Die seitherigen Ausführungen haben dargethan, daß Institute des römischen und deutschen Rechts, welche man für unvereinbare Gegenfüßler hielt, aus derselben rechtlichen Wurzel erwachsen sind und sich erst in der Weiterentwickelung in einzelnen Punkten differenzirt haben; daß die reichen Schätze des deutschen Rechtes nicht nur für die Rechtsgeschichte, sondern auch für die Rechtsdogmatik, für das innere Verständniß der Rechtsorganismen von höchster Bedeutung sind, daß sie ein Ferment enthalten, bestimmt, unsere Civilistik, unsere Romanistik neu zu beleben. Unsere Studien haben dabei nicht nur den Pfandbegriff an sich zu vertiefen gesucht, sondern auch die sehr bedeutsame Lehre des Nutzpfandes auf neue Basis gestellt, die Verpfändung der servitus constituenda erklärt und zwei neue Varietäten des Pfandrechts: das Pfandrecht mit Verpfändungsbefugniß und das Pfandrecht des Eigenthümers an dem, einem Andern zustehenden, jus in re aliena, nachgewiesen: Verpfändungsformen, für welche, als solide Mittel des Werthumsatzes, der Verkehr nur dankbar sein kann. Und ich hoffe, daß man es diesen zwei neuen Species des Pfandrechts nicht verdenken wird, wenn sie sich auch nicht als römische Vollblutrace darstellen sollten, sondern einiges deutsches Blut in sich aufgenommen hätten.

Beilagen.

I.

Urkundliche Beilagen.

---

1) Urkunde von circa 1192.

Reichsarchiv in München.

Ne per succedentium curricula temporum tenor sincere veritatis per malorum hominum calumpnias aut per oblivionem possit immutari [1]) presentis scripti testimonio notum facimus omnibus Cristi fidelibus quod nos canonici de Aschaphenburc dominabus de wehtereswinkele bona nostra in wihtungen pro XII marcis examinati argenti pignori obligavimus eo videlicet tenore quod prefate domine singulis annis duo talenta et dimidium wirzeburgensis monete et duo maltra caseorum pro statuto canone ecclesie aschaphenburgensi persolvant [2]). Nobis vero ratione pacti inter nos et easdem dominas condicti bona prefata ab eisdem dominabus nec redimere nec alienare licebit, nisi tali casu interveniente qui infra subscriptus continetur. Si bona eadem nobis distrahere et vendicare collibuerit auditis hinc inde licitationibus eorum qui emere

---

1) Von späterer Hand corrigirt in irritari.

2) Vgl. oben S. 165.

voluerint eandem estimationem precii quam nobis plus offerentes dare voluerint a jam dictis dominabus requiremus quam si acceptatam nobis persolverint bona nostra titulo venditionis in eorum proprietatem transferemus imputatis precio XII marcis prenominatis. Porro si requisiti (!) iuxta prescriptam formam emere recusaverint XII marcas argenti ab eis prius mutuatas persolvemus et sic bona nostra in potestatem plus offerentis libere et absolute transferimus[1]). Ego wortwinus prepositus aschaphenburgensis huic contractui consensi. Tenorem itaque hujus contractus presentis cartule testimonio cum sigilli nostri impressione et testium subscriptione corroboravimus. Testes Gotefridus decanus maior wirzeburgensis ecclesie Gotefridus scolasticus Gotefridus cantor. Theodericus prepositus de onoldesbach. Volcnandus Hanricus paniculus. Berhtoldus de tuteleibe. Waltherus de sulze. Ditericus flosculus. Otto de steinahe et alii quam plures.

---

2) Urkunde von 1209.

Reichsarchiv in München.

C. In nomine sancte et individue trinitatis. Otto divina favente clementia Erbipolensis ecclesie episcopus[2]) hiis que concordie remedio aut judicii equitate finem legitimum nobis mediantibus sorciuntur scripti nostri debetur auctoritas ac munimentum ne pravorum hominum studiis iusticie locum iniquitas obtineat nec dominetur falsitas veritati. Notum igitur facimus cunctis Christi fidelibus presentem paginam inspecturis qualiter dilectus noster Gerhardus comes de Rieneke pro debito ducentarum

1) Vgl. auch oben S. 85.
2) Otto I. von Lobbenburg, Bischof 1207—1223.

marcarum quas fideli nostro Gerhardo mercatori de Hagenowe debuit universa bona sua que in villa Erlebrunn tam in vino quam aliis proventibus habet obligavit nobis et per manus nostras devotis nostris Nydungo Heinrico de Telheim Heinrico rufo Marquardo autumpno eadem obligavit et tradidit ita quod nec in homines nec in bona ville nominate dictus comes aliquam per se vel per ministros suos exactionem faciet neque procurationem hospiciorum recipiet [1]), quousque prefato G. mercatori ducentarum marcarum debitum persolvatur, si idem mercator requisitus a comite testibus idoneis probaverit non esse minus debitum quam ducentarum marcarum, si autem probatum fuerit minus esse soluto eo integraliter quod mercatori debetur antedicta bona ad manus comitis libere revertentur [2]). Ad cujus rei certam evidentiam presentem cartam conscribi et tam nostro quam comitis memorati sigillo jussimus insigniri. Testes Wolfradus de Crutheim Heinricus et Albertus de Hohenloh Manegoldus de Wiltperc Siboto de Cimberen Marscalcus de Lure Gotefridus de Erlah Heinricus pincerna Rudeger herbest Albertus magister coquine Ludewic murrewel et alii quam plures. Acta sunt anno dominice incarnationis Millesimo CC° VIIII°.

---

3) Urkunde von 1242.

Reichsarchiv in München.

Notum sit omnibus presentes litteras inspecturis quod nos Poppo dei gratia Baummbergensis episcopus [3]) cum es-

---

1) Ueber die Beschränkungen, die sonst vielfach üblich waren S. 257 fg.

2) Eine ganz kapitale Stelle s. S. 129.

3) Poppo, Bischof v. Bamberg 1238—1242 (abgesetzt 1242).

semus apud Nurinberg in centum libras Ratisponenses quas tenebamur pro debitis obligati dominum Bertoldum marchionem de Houmburg dilectum consanguineum nostrum rogavimus ut pro nobis dictam pecuniam solveret; qui amore nostri ipsas centum libras Ratisponenses quas tenebamur in debitis pro nobis persolvit et mutuo tradidit ita ut eidem civitatem de Amberg cum feodis omnibus concessis et non concessis habitis et habendis et plena jurisdictione omni jure quo nos ea tenemus et si aliqua bona ibidem obligata redimeret de predictis jure simili frueretur [1]) pro dicta pecunia obligaremus que omnia domino B. marchioni prenotato in pignore pro libris centum Ratisponensibus antedictis obligavimus. Presentibus Ruperto de Nitstein, Marcwardo buttegilario de Nurinberg et filio suo Jordano, Wolfero de Porta, Bertoldo Crattero, Lupoldo de Tanhusin, Ravenoni de houmburg, Henrico de Ettinhart, Henrico de Snelhartesdorf, Conrado Snurhut et Godefrido de Cammata et aliis quam pluribus et ut ista rata et firma teneantur et permaneant presentem paginam sigilli nostri munimine jussimus roborari. Acta sunt hec anno domini M.CC.XLII die mercurii X exeuntis Januarii [2]).

---

1) Nachpfand mit jus offerendi et succedendi S. 240.

2) Es ist daher unrichtig, wenn Potthast, Wegweiser durch die Geschichtswerke des europäischen Mittelalters, Supplement S. 273, die Absetzung des Bischofs bereits auf den 5. Januar setzt. Bischof Poppo war in den Wirrnissen des Jahres 1239 zur Gegenpartei des Kaisers übergetreten. In einer Urkunde v. Juni 1242 [Monum. Boica XXX[1] nr. 771 p. 287] erklärt Kaiser Friedrich II: omnes infeudaciones, alienaciones, donaciones, vendiciones, obligaciones, distractiones et subtractiones per eum factas a tempore transgressionis sue — — dictante sentencia procerum et ministerialium nobiscum in publica curia residencium — — sentencialiter duximus revocandas —.

4) Urkunde von 1266.

Reichsarchiv in München.

Nos Leo miseratione diuina Ratisponensis episcopus [1]) universis presentem literam inspecturis volumus esse notum, quod, cum inter nos et nostram ecclesiam et nostros ministeriales et homines ex una parte, et Chunradum et Fridricum fratres de Friuntsperch et eorum homines ex altera super castro Schindelberch cum omnibus suis attinentiis secundum quod fuerunt relicta Ratisponensi ecclesie per mortem Rapotonis palatini comitis Bawariae et rebus aliis verteretur materia questionis, dictis Chunrado et Fridrico asserentibus tam ratione obligationis pro nongentis libris denariorum Ratisponensium et Salzpurgensium minus XXX libras per dominum Albertum beate memorie quondam Ratisponensem episcopum sibi facte quam ratione feodi se in dictis castro et pertinentiis ius habere [2]), nobis vero contrarium asserentibus ex adverso, tandem ipsa questio per compositionem amicabilem taliter est sopita videlicet, quod nos de predictis castro et possessionibus infrascriptis ipsi castro attinentibus scilicet Gukenpuhel solvente sagmam vini, item Mosen eciam solvente sex modios siliginis, avene modios decem de mensura Friuntspergensi et sagmam .I. vini et porcos .II., item ibidem .II. sagmis vini, item Puhel solvente sagmam .I. vini, item Ror lagena .I. vini, item Hachhel lagena .I., item Puchperch sagma .I., item Leitten lagena .I., item Made lagena .I., item Mylowe lagena .I., item Ahorns lagena .I., item Antenowe .II. sagmis, item Reichenli-

---

1) Leo Thundorfer, Bischof 1262—1277.

2) Ratio obligationis und feudi vgl. S. 290.

ten .III. lagenis, item huba .I. kavrada vini, item Stein VIII. metretis siliginis et uno modio avene, item Suwermos .I. lagena, item aliud Suwermos .I. lagena, item Swentte sagma .I., item super manso .II. sagmis, item Hoh .II. sagmis, item Owe .III. sagmis, item aliud Owe sagma .I., item Rinderswentt sagma .I., item Steg sagma .I., item Purchstal lagena .I., item Hasowe lagena .I., item Niuhous lagena .I., item Ampferowe lagena .I., item Achsowe .III. lagenis, item Riutlehen solvente .IX. libras parvorum Veronensium minus .V. parvis Veronensibus, et insuper hominibus ad idem castrum de iure pertinentibus infeodavimus Chunradum et Fridericum fratres supradictos sub hoc pacto, quod dicti Chunradus et Fridericus de Friuntsperch ipsum castrum et ad idem pertinentia, prout superius sunt expressa, captiose non inpignorabunt, non permutabunt, non alienabunt in morte vel in vita, coniunctim vel diuisim, set si ipsos sine filio vel filiis legitimis decedere contingerit, memoratum castrum cum pertinentiis superius iam expressis ad Ratisponensem ecclesiam libere reuertentur; si vero uterque vel alter eorum filium vel filios habuerit, ad ipsum vel ad ipsos dictum castrum cum suis pertinentiis iure feodi deuoluetur. In predictis vero castro, bonis et hominibus nos et nostri successores dictorum fratrum et eorundem filiorum auctores erimus, quod vulgo gwer dicitur, quandocunque ab ipsis ad hoc fuerimus requisiti. In recompensationem vero infeodationis huiusmodi dicti fratres Chunradus et Fridericus remiserunt ecclesie nostre atque nobis nongentas libras denariorum Ratisponensium et Salzpurgensium minus XXX libras, pro quibus asserebant dictum castrum cum suis attinentiis sibi fore obligata [1]); item renuntiauerunt omni

1) In Bezug auf diese Güter tritt an Stelle des behaupteten Pfand-

iuri, quod habebant vel habere videbantur in Gerwico, Chunrado, Jacobo, Alberone et Etichone fratribus de Volrs et sororibus ipsorum Mahtilde, Hiltkarde et Gerdrude et earundem sororum liberis; item renuntiaverunt iuri, si quid habebant vel habere videbantur in hominibus in Tirsen commorantibus, videlicet Sibotone, Chunrado, Heinrico fabro, Vasoldo et fratre suo et Alhaide sorore eorum et liberis eorundem preter ius advocatie, quod in eisdem asserunt se habere; item renuntiaverunt iuri quod habebant vel habere videbantur in curia et decima nostra in Langchamph nec institutionem nec quicquam iuris deinceps habebunt in eisdem preter debitum ius advocatie et procurator noster institutionem libere faciet in eisdem; item absolverunt nobis curiam nostram in Sel pro sexaginta sex libris denariorum Ratisponensium, pro quibus eadem curia ipsis fuerat obligata; insuper absolverunt possessiones nostras scilicet Brouhowe, Traistadel, Veiring, Hohenswentte, Eising, Frowenpuhel, scilicet redditus .X. librarum in quinquaginta libris Salzpurgensibus, pro quibus dicte possessiones eis fuerant obligate; item soluent nobis in proximo festo purificationis beate virginis LXXV libras denariorum Salzpurgensium et hinc ad annum alias LXXV libras denariorum Salzpurgensium sub penis et evictionibus, que in literis super hoc confectis plenius continentur.

Et nos per predicta omnia, que fecerunt nobis et ecclesie nostre, dicimus procuratam utilitatem nostram et ecclesie nostre et nostrorum successorum, quod et presentibus literis profitemur; et quia non intererant dicte

lehens das Lehen, die Pfandforderung aber wird erlassen. Man sieht auch hier die Bedeutung der dem Pfande zu Grunde liegenden Forderung. Vgl. oben S. 52.

compositioni dilecti in Christo confratres nostri prepositus, decanus et capitulum et ministeriales ecclesie nostre, qui nostrum consilium iurauerunt, licet, quod componeremus cum dictis Chunrado et Friderico de Friuntsperch, de ipsorum consiliariorum procederet voluntate, quia tamen predictam compositionem ratam habuerunt et consensum suum adhibuerunt, nos ad robur efficatius dicte compositionis presentes literas fieri fecimus et muniri sigillis nostri videlicet et capituli Ratisponensis nec non dominorum Heinrici prepositi, Alhardi decani, Altmanni de Roteneke comitis prepositi sancti Johannis, magistri Ulrici thesaurarii, ministerialium vero ecclesie nostre Chunradi de Erenvels, Chunradi de Hohenvels, Chunradi Marscalci de Sunching, Chunonis de Hofdorf, testibus qui predicte compositioni interfuerunt nichilominus subnotatis; et sunt hii: dominus Altmannus de Roteneke comes prepositus supra dictus, Herwicus capellanus, Hartwicus notarius, Ch. subnotarius, Ch. plebanus de Ebs, Ch. plebanus de Angahtte, Gotschalcus notarius Velbarii, laici: Gebhardus de Velen, Chuno de Hofdorf, Ulricus de Pumichoven, Ulricus Wulpo, Albero de Snelhartstorf, Heinricus de Penningen, Heinricus de Holzen, Heinricus de Semmhoven, Heinricus de Hohenowe, Ulricus de Pylnah, Ch. dulcis, Ulricus de Upfchoven, Wirnto Wallar, Heinricus de Danubio, Chunradus de Wisent, Fridericus de Veltsperch, Fridericus de Werberch, Rudolfus de Wibeldorf, Ulricus de Ahleitten, Fridericus et Ch. fratres de Chuntel et alii quam plures. Datum Ratisponae anno domini M°. CC°. LX°. sexto, .X°. Kalendas Januarii.

5) Urkunde von 1303.

Aus dem Mainzer-Aschaffenburger Ingrossationsbuch II. im Würzburger Kreisarchiv.

Nos Fredericus de Rostdorf miles et Hyldebrandus de Hartenberg recognoscimus publice in hiis scriptis nos reverendi patris et domini nostri domini Gerhardi archiepiscopi Moguntie[1]) recepisse et habere litteras in hec verba:

Nos Gerhardus dei gratia sancte Moguntie sedis archiepiscopus sacri imperii per Germaniam archicancellarius recognoscimus tenore presentium publice profitentes quod nos medietatem castri nostri David prope Schartenberg cum suis attinentiis universis obligavimus et presentibus obligamus strennuo militi Frederico de Rostdorf et Hildebrando de Hartenberg pro triginta marcis puri argenti taliter ut de ipso castro quod nobis et nostris semper esse debet apertum[2]) contra omnes nostros iniuriatores adversarios sive hostes, quandocumque et quotienscumque necessitas aut utilitas id exposcit, parati et fideles sint etiam in personis propriis adjutores[3]) et, quandocumque pretaxata pecunia fuerit persoluta, statim ipsum castrum quemadmodum receperunt restituere tenebuntur.

Poterunt autem quando ipsis visum fuerit expedire, antequam liberatum fuerit ipsum castrum, cum petito et obtento expresso consensu nostro vel alicujus successorum nostrorum alicui probo viro pro jam dicta pecunia obligare, hoc acto et dicto expresse quod summopere est ca-

1) Gerhard II. v. Eppenstein Erzbischof v. Mainz 1289—1305.
2) Oeffnungsclausel s. S. 258.
3) Verpflichtung verbunden mit Pfandrecht s. S. 258.

vendum ne nobis aut nostris per eos vel alium aut alios, quibus obligaverint vel comiserint idem .. castrum, de ipso dampna vel inpedimenta aliqua inferantur [1]).

In cujus testimonium presens scriptum nostro sigillo tradimus imunitum. Datum Fritzlar anno domini M.CCC.III, V° idus Augusti.

Et nos Fridericus et Hildebrandus predicti prescripta omnia et singula rata et grata habemus acceptamus et laudamus promittentes fideliter in hiis scriptis nos ea firmiter et inviolabiter servaturos sub presentium testimonio litterarum, quas sigillis nostris roboratas ad majorem firmitatem et certitudinem tradimus super eo. Datum Fritzlar, anno domini M.CCC.III, V° idus Augusti.

---

6) Urkunde von 1315.

Reichsarchiv in München.

Wir Rudolf von gotes gnaden phallenzgraf bi dem Reyn und herzog in Beyern [2]) tuon chunt allen den di disen brif ansehent oder hörent lesen, daz wir unserm getrewen Dietreich dem schenchen von Flügelsperch und sinen erben gelten süln anderhalb hundert pfunt Regenspurger pfenning da si vor unser brif umb inne habent und fümftzich pfunt für den schaden den er nam in unserm dinste den er uns tet gen Franchenfurte [3]) und fümftzich pfunt umb den dienst den er uns nu tuon sol, und ist daz er uns vast und wol dienet, so sol ez sten an dem

1) Vgl. S. 15 u. S. 241 No. 2.

2) Rudolph I., von 1294—1317, verzichtete 1317 auf die Regierung zu Gunsten seines Bruders Ludwig IV. (Ludwig des Baiern), mit dem er 1310 getheilt hatte, 1313 aber wieder in Gemeinschaft getreten war.

3) Pfandtitel S. 118 fg.

Parsperger, an Ludwig dem schenchen auz der awe und an Heinrich dem Wildensteiner, waz wir im umb den selben dienst tuon süln zu den fümftzich pfunden der summe dez geltes dez wir im schuldich sein, wirt drithalbhundert pfunt Regenspurger pfenning; für di selben pfenning setzen wir im und sinen erben unser gerihte ze Hembau und swaz daz selbe gerihte giltet von dem stab und von chorngült daz süln si ein nemen und süln uns daz niht abslahen [1]. — an di totsleg di süln unser sein [2]); swaz aber si ein nement von stiuren und von zinsen in dem selben gerihte, daz süln si uns alles abslahen an dem vorgenantem gelt [3]), und süln daz selbe gerihte mit den stiuren und mit dem zinse innehaben als lang, biz daz si der vorgeschriben drithalb hundert pfunt Regenspurger pfenning gar und gaenzlich gewert und verrihtet werdent. Darüber ze urchünd geben wir in disen brif versigelten mit unserm insigel, der geben ist ze Wolfrathausen do man zalt von christes gebürt dreutzehen hundert jar in dem fümftzehenden jar an dem naehsten vreitag nach sant Augusteins tag.

---

7) Urkunde von 1348.

Aus dem Mainz-Aschaffenburger Ingrossationsbuch II. im Würzburger Kreisarchiv [4]).

Wir Gumtram und Craft ritter gebrudere von Haitzfeldt bekennen an disme uffenen bribe, daz der edele herre

---

1) S. oben S. 133.

2) Beschränkung des Pfandrechts s. S. 257.

3) Also theilweise Todsatzung.

4) Eine Abschrift der Urkunde aus dem 16. Jahrh. findet sich im Copialbuch nr. 2 ebenda.

her Cune von Falkinsteyn, dumprobst und vormunder des stiftes zu Mencze mit willen und wissen des erwirdigen in gode vaters und herren unsirs herrin hern Heinriches erzebisschoffes zu Mencze[1]) virsast hat uns und unsen rechten erbin daz hus zu dem Elnhouge und des stiftes deil zu Wettere mit allem dem daz dar zu gehort an gerichten an gulden an gefellen an walden an wassirn und an weiden wy die genant sin irsucht und unirschut (l. unirsucht)[2]) vor drittehalb dusint punt hellere werunge als zu Frankinford genge und gebe ist die wir yme und deme stifte zu Mencze an geredeme gelde gelehen und bezalt han, und andirwerb vor funfhundirt punt hellere der selben werunge die der stift mir Gumtrame schuldig waz um die virlust die ich by dem byschoffe von Trire zu der ziit, du er vormunder des stiftes waz, zu Duringen virloss[3]) da ouch ich gefangen wart, und dan andirwerbe for funfhundirt punt hellere der vorgenanten werunge die uns beden sament der stift schuldig waz um den schaden der uns geschach in dem krige den wir mit dem stifte hatten da Wernher schencke dod bleib dem got gnade, wan daz in der sune besaget wart; der summen geldez ist zusamene drudusint und funfhundirt punt hellere werunge als zu Frankinford genge und gebe ist, dar vor uns und unsen rechten erbin daz vorgenanten hus und waz dar zu gehort virsast ist als vorgeschriben stet; also bescheideliche, wanne der vorgenante von Falkinsteyn oder wer den stift zu der ziit innehat uns oder unsen rechten erbin gebent oder bezalent die vorgeschriben drudusint und funfhundirt punt hellere, so sulle wir im oder

1) Heinrich III., Erzbischof 1328, abgesetzt 1346.

2) S. oben S. 232.

3) Pfandtitel S. 118 fg.

wer den stift zu den ziiden innehat daz hus Elnhoug und Wettere und waz dar zu gehort ledig und loss wider antwurten ane allirleige widerrede und argelist; und insullen wir ouch daruf keinerleye schaden kost nach virlust slahen ader reichen.

Ouch ist gered daz wir die vorgenanten lude und gut die zu den slozzen horint gedrueliche virteidingen und virantwurten sullen und sii zu keinen ungewonlichen dinste nach schatzunge dringen sullen, dann als von alder gewonlich ist gewest [1]).

Ouch sullen wer [2]) im dem .. stifte oder wer den stift innehat von Mencze zu ziiden die vorgenanten sloz und vesten Elnhoug und Wettere uffen sin [3]) dar uz und dar in zu behelfen wider allermeinechen wanne und wy dicke im und dem stifte des noid geschiit; so sullent ouch sii bestellin mit kusten und mit luden daz wir ane schaden sin des huses ane argelist; und wer sin oder des stiftes houbitman gesast wirt uf daz hus, der sal uns einen ganczen burgfrieden globen und sweren, die wile er uf dem hus ist.

Wurd ouch daz hus virlorn von des stiftes wegen, so sulde der stift uns oder unsern erbin daz vorgenante gelt gelden und bezalen; wurd abir daz hus von unsir wegen virlorn, so sulde wir unser gelt virlorn han und der stift daz hus [4]).

Ouch sullent uns und unsen erbin burgman burgere turnhudere und portenere hulden und sweren zu unsirme

---

1) Schranke des Pfandrechts S. 258.

2) del.

3) Aperturclausel S. 258.

4) Höchst interessante Clausel bezüglich des Periculums f. S. 113 fg., S. 242 No. 2.

gelde und dem stifte zu dem slozze [1]) und insullen wir keinen turnhuder oder portenere uf daz hus seczen, er inhabe dan daz selbe unsirm vorgenanten herrin hern Heinriche erzebisschoffe zu Mencze dem von Falkinsteyn oder wer den stift zu geziden innehat globit und gesworen.

Ouch insullen wir in nach dem stifte nach des stiftes undirdanen keinen schaden tun [2]) oder nyemans inthalden der in oder dem stifte schaden teide von dem selbin hus.

Ouch ist gered, daz alle ansprache und forderunge die wir zu dem stifte gehat han biz uffe disen daig hude, und ob wir keine bribe han um schult, die sullen alle ab und tod sin und keine macht han.

Ouch insullen wir nyemans viegent werden von des stiftes wegen, is in sii dan mit unsirme guden willen, dan wir sullen dem stifte getruelichen behulfen sin als .. amptlude bilche dun sullen [3]).

Alle dise vorgeschribenen stucke und artikele han wir vor uns und unse erbin in truen globet und zu den heilgen gesworen stede und veste zu haldene ane alle geverde und argelist.

Des zu orkunde han wir beide vor uns und unse rechten unse ingesigele an diesen brib gehangen der gegebin ist zu Eltevil uf sente Nyclaus daig, du man zalte nach godes geburte druzenhenhundirt iar in dem achte und virzigsten iar.

---

1) Wegen der Coexistenz von Pfandrecht und Eigenthum.

2) Pigneraticia directa: Versprechen, sich des Mißbrauchs des Pfandobjekts zu enthalten.

3) Pigner. directa: Nähere Beschreibung der Pflichten des Pfandgläubigers.

8) Urkunde von 1402.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Caspar von Bibra Gute min eliche husfrawe bekennen und thun kunt mit diesem offen brive vur uns und alle unsere erben vor allen den die diesin brieff ansehin hörn oder lesen: Als die erwirdigen unsere gnedigen herren her Johans herre und bischoff zu Wirtzpurg [1]) Niclaus techandt und daz Capitel gemeinlich des stifftis zu Wirtzpurg mit uns und wir mit in eyne worden sin umb unser schulde mit namen virzehenhundirt gulden do vur sie uns ingesatzt und vorfpandt haben ire sloss und ampt zum Rotensteine mit allen sin zugehorden als daz unsere herren und ir stifft her braht hon und daz ynne gehabt hon on geverde nach ynnehaldunge und usswisunge des brieves den ich Caspar egnanter und min erben hon von unserm gnedigin hern hern Johann hern zu Wirtzpurg und unserm hern hern Niclaus von Malkos dechande und dem Capitel des stifftis zum thume zu Wirtzpurg und der stet und lut von worte zu wort als hirnach geschrieben stedt: Wir Johans von gotis gnaden bischoff zu Wirtzpurg bekennen und thun kundt mit diesem offin brieve vur uns unsere nachkommen und stifft allin den die in an sehin oder horen lesen, daz wir schuldig sin und gelde sollen [2]) dem vestin Caspar von Bibra und allin sin erben virzehenhundert guldin gut am golde und swer gnung an gewiht, do vur wir im ingesatzt und verpfandt haben und setzen im in mit maht diss brives unser sloss und ampte zum Rotensteine mit allen sin zuge-

---

1) Johann I. v. Egloffstein, Bischof 1400—1411.

2) Vgl. oben S. 52.

horden und sal der vorgnante Caspar und sin erben daz unbedrungelich ynne habe in allin moss als wir und unser stifft daz biss her braht haben, ussgenommen ein dritteil den Henrich von Rydern innehot in allin moss als yme der von uns und unserm stiffte versriben ist; auch wer iss daz wir oder unser stifft daz obgnante sloss mit sin zugehoren lose wolden von Casparn von Bibra oder von sin erben umb die summe guldin als obgesribin stet, daz solden wir ym und sin erben ein virteil jars vor sant peters tage Kathedra genant kuntlich zu wissen thun[1]) und solden in betzale tzu Kungeshoven oder dry mil wegs dorumb in welch sloss er die betzalunge heischet und nemen wil, do wir und die unsern auch fride und geleit mit dem gelde gehabe mogen on geverde; und wann wir im die bezalunge geton haben in allir der moss als vorgesriben stet, so sol er uns unsir sloss und ampte mit sin zugehorden widder antwerten unvortzogenlich on widerrede und on geverde; auch wer ez daz wir in niht bezalten der summe guldin als obgesriben stet off sant Peters tag odir yn den nehsten virtzehentagen dornach, so solden alle gulde und rente off daz jor vorfallen sie; auch wer ez daz der obgnante Caspar odir sin erben irs geldis benotiget wurden odir haben wolden, so moht er oder sin erben daz vorgnante sloss und ampte mit sin zugehorden eim sin genössen insetze vur so vil geldis oder mynner[2]), des sullen wir im gonne und vorsribe in allir mosse als Caspar daz ynne gehabt hot on geverde; auch würde daz vorgnantes sloss Casparn oder den sin angewonnen in welicher moss daz were do got vur sie, so sollen wir und unser stifft mit lande und mit luten

1) Kündigung S. 125.

2) Vgl. S. 15 fg., S. 241 No. 2.

getrulich dotzu thun unde beholffen sii daz wir daz widder gewynnen als ferre wir mogen und sollen yme die widder antwerten on allirleye geverde und argeliste in allir moss als er daz vor inne gehabt hot; geschee des niht, so sulden wir ym sin gelt gutlich betzale und ussricht(en) odir andere fpantschafte do vur insetze doran in und sin erben genungt [1]); auch wer es daz wir oder unser stiffte des vorgnanten slosss bedorften zu unsern krigen, so solde uns der vorgnante Caspar inlosse widder allir menlich on widder sich selbist also daz iss ym und sin erben unschedilich sie on geverde; auch sal er daz sloss bewache und beware [2]) und sal daz gerichte und die armenlute getrulich schutze und schure on geverde; auch gereden und geloben wir vur uns unser nachkommen und stifft alles daz zu haldin daz vor und nach in dieser brive gesriben stet unde sollen dem vorgnanten Casparn und sin erbin keyne bedrengnisse thun unde niht ubirsetzen und auch niht beswere mit kein sachen sie sindt geistlich odir werntlich on argelist und on geverde. Des zu eim bekentnisse und worem urkunde so haben wir vorgnanter Johans bischoff unsir insigel lossen hencke an diesin brieff; so bekennen wir Nicolaus von Malkos techandt und daz capitel gemeinlich daz das mit unserm guten willen wissen und vorhengnisse zugangen unde gescheen ist und haben des zu urkunde unsers capitels insigel zu unsirs obgnanten hern insigel an disen brieff gehangen, der geben ist nach Cristi geburt virtzehen hundirt jare dornach in dem andern jare, am nehsten dinstage nach mitfasten als man singt letare.

Und ich Caspar von Bibra gerede und gelobe mit gu-

1) Vgl. oben S. 115.

2) Pigneraticia directa, Pflichten des Pfandgläubigers. S. oben S. 242.

ten truwen vur mich und alle mine erben in maht dieses brives gutlich zu halden alles daz hie vor und nach von uns gesriben stet [1]) on alles geverde, mit namen wann ich oder myn erben von myme hern oder stifft betzalt werden der obegesribin sume guldin mit namen virtzehen hundirt guldin als obgesriben ist, so sal und wil ich egnant Caspar und myn erben daz sloss und ampt in antwort und widergebe als egesriben ist an allen intrag, unde ich noch mine erben sollen oder wollen uns do wider in dheinwiis nit setze heimlich oder offenlich on geverde odir keynrleie widerkommen daz hie von uns gesribin ist an alle geverde; des zu bekentnisse und worem urkunde so han myn eygin insigel an diesin offin brieff wissentlich gehangen des ich Gute von Bibra mit yme gebruche dann ich eygins insigels nicht hon; geben des jors und des tags als obgesribin stedt.

---

9) Urkunde von 1402.

Würzburger Kreisarchiv.

Wir Ulrich herre zu Hanauwe bekennen unde thun kunt offenlich mit diesim brieve allen den die yn ansehen oder horen lesen, daz wir recht unde redelichin versatzt unde verpand haben deme erwirdigen in got vatter unde herren hern Johann des heiligen stuls zu Mentze ertzbischoff des heiligen romischen richs in dutschen landen ertzcanceller unserme lieben gnedigen herren [2]) unde syme stiffte unser sloss Babenhusen burg unde stadt mit kelnerien ampten gulten zinsen renten nutzen gefellen wassern weiden welden und aller zugehorunge nichtis daran

1) Pflichten des Pfandgläubigers, Pign. directa s. oben S. 242.

2) Johann II. v. Nassau, Erzbischof v. Mainz 1397—1419.

uzgenommen als wir die ytzund inne han[1]) fur vier tusent guter rinscher gulden der er uns wol bezalt unde gewert hait unde die wir auch in unsern unde unser herschafft zu Hanauwe schinbern nutz unde frommen gewant unde gekart haben, also daz er daz egenant unser sloss Babenhusen burg unde stad mit allen iren zugehorungen als vurgeschriben stet fur die obgenant summe inhaben unde sich der gebruchen sollen ane geverde, als lange biss daz wir oder unser libes erben die widder von dem obgenant unserme herren unde syme stiffte fur die vurgeschriben vier tusent gulden geloset haben, daz wir oder unser libes erben auch also mit den obgenant vier tusent gulden widder von yn losen mogen ane allen uffslag, wanne unde weliche ziit wir wollen, ane geverde; unde sal diese versatzunge nit schedelich sin oder verbrechen soliche brieve als wir vor underem geben unde versigelt haben als von der offenunge wegen, sunder sie sollen in ire gantzer foller macht bliben ane geverde, und mit namen wer ez daz wir daz egenant unser sloss Babenhusen widder losten in der masse als vurgeschriben stet, so solde doch der obgenant unser herre her Johann ertzbischoff die offenunge behalden unde haben in aller masse als die brieve uzwisent die wir vor underem daruber geben haben; auch ist geredt, wer ez sache daz der obgenant unser gnediger herre her Johann ertzbischoff von todes wegen abeginge, detz got lange verbiede, ee dann wir oder unser libes erben unser sloss Babenhusen vorgenant widder gelost hetten, so solde daz obgenant unser sloss Babenhusen burg und stad mit allen iren zugehorungen als vurgeschriben stet uns und unsern libes erben ledig unde lois widder ge-

1) Vgl. oben S. 231.

fallen ane alle gelt und uffslag unde ane allen intrag widerrede unde hindernisse eins iclichin sunder alle argelist unde geverde. Des zu urkunde so han wir unser ingesigel an diesin brieff thun hencken, datum anno domini millesimo quadringentesimo secundo, ipsa die concepcionis beate marie virginis.

---

10) Urkunde von 1409.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Cuntz Weypoltzhusen der elter bekenne und tun kunt allermeniclichen an disem brive fur mich Cuntzen Weypoltzhusen myne sune und alle unsere erben: Als der hochwirdige furste und herre unser gnediger herre her Johanns bischoff tzu Wirtzpurg [1]) uns bevolhen hat sinen und sines stiffts sehe tzu Etlewben fur alle unsere schulde scheden dinste verluste koste vorderung tzusprach und ansprach die wir und unsere erben tzu im sinen vorfarn und sinem stifft bis her gehabt haben, wie daz namen und sich verlauffen hat bis uff disen hutigen tag, dise nechsten zwey jare uss nach gebung und sage des brives den wir darumb von im haben der von worte tzu worte also stet geschriben: Wir Johanns von gots gnaden bischoff tzu Wirtzpurg bekennen und tun kunt an disem brive fur uns unsere nachkomen und stifft, daz wir uns mit unserm lieben getruwen Cuntzen Weypoltzhusen gutlichen vereint haben umb alle sine schulde scheden dinste verluste koste vorderung zusprach und ansprach die er Cuntz Weipoltzhusen sein sune und ire erben tzu uns und unserme stiffte bis her gehabt haben oder gehaben mochten, es sey ver-

1) Johann I. v. Egloffstein, Bischof 1400—1411.

brivet oder nicht, wie daz namen hat oder gehaben und sich daz verlauffen hat biss uff disen hutigen tag [1]), nemlichen umb die drithalphundert guldein darumb sie von unserm stiffte einen briff gehabt haben, also daz wir fur uns unsere nachkomen und stiffte in und iren erben dafur bevolhen haben unsern und unsers stiffts sehe tzu Etlewben den sie die nechsten zwey jare uss nach gebung ditz brives und nicht lengèr uff ir selbs koste und scheden fischen und mit irem eigen getzewe knechten und hellfern erbeiten sullen umb halben nütz [2]) desselben sehes der davon gevallen wirdet, den andern halpteil sie uns unsern nachkomen und stifft dieselben zwey jare uss an gelte, der uns nach antzale als man sie verkeufft zugeburt, gein Wirtzburg getrulichen gantz und gare reichen und antwortten sullen, oder ob wir fische durfften, die sullen sie uns schicken und an unserm teile abslahen an alle widerrede und an geverde; doch sullen sie uns unsern nachkomen und stifft von denselben beyden teylen zuvoraus fische gèben in unsern hoff und kuchen als gewonlich ist, wenne sie wollen und daz vermogen und auch gein Werneck [3]) fisch geben als daz verschriben ist an geverde; auch ist berett worden, daz der vorgenant Cuntz Weypoltzhusen oder sine erben und alle ire knechte die sie haben oder gewynnen tzu dem obgenant sehe globen und sweren sullen, die egenant zwey jare aus uns unsern nachkomen und stifft getrew und gewere zu sein, unsern frumen zu werben und schaden zu bewaren und getrulich mit dem sehe mit den fischen und mit dem getzewe umb ztu geen [4]) und, was fisch davon

1) Pfandtitel s. S. 118 fg.
2) Halbgenuß, Regelung desselben S. 243.
3) Wo das Sommerschloß der Fürstbischöfe war.
4) Pflichten des Pfandgläubigers und Theilgenossen S. oben S. 242.

gevallen und werden, das man das beschribe getrulichen wo sie hinkomen von stucken tzu stuken und, was man semptlich verkauffe daz man stuckwise nicht beschriben mag, daz man dasselbe gelt eigentlich besundern beschribe und alles ussgeben und einnemen derselben fische und nutzung alles an geverde; und sullen uns auch oder wem wir das bevelhen alle virteil jars ein redlich kuntlich rechnung tun von sulchen fischen sulchem gelde und gevelle und uns unsern teil als obgeschriben stet davon antwortten und geben an geverd. Sie sullen auch alletzyt den sehe betzugen mit allerley getzewe und auch in wesemlichen bawe und erbeit halten und sol auch zum mynsten ir einer doby sein wanne sie mogen und wollen tzu sehen und daz getrulichen hant haben an geverde; sie sullen auch einen getzawe by dem andern tzugen das sie darumb icht feyern durffen und alltzyt die obgenant zwey jare uss uff dem sehe sovil knechte und fischer und getzews haben nach rate der meister des hantwercks tzu Wirtzpurg oder zu Swinfurt daz des ein genuge und ein notdurfft sey doch nach irem vermugen an geverde; sie sullen auch da kein wandlung tun an meistern oder knechten, so bringen ez dann vor an uns warumb sie sulch wandelung tun wollen, und die andern meister oder knecht die da uffgenomen werden die sullen globen und sweren als die vordern getan haben an geverde; sie sullen und mugen auch fischen mit aller getzewe gross und clein tag und nacht und doch den sehe nit ablassen noch geverlich verderben an geverde; si sullen auch weder meystern noch knechten mit fischen lonen noch nymant anders von unserm teil geverlich ihts geben, und was fische sie nicht anwerden mochten gross oder clein die sullen sie tzu nutz behalten an alles geverde; zu urkunde ist unser ingesigel

an disen briff gehangen, der geben ist an sand Walpurg tag anno domini millesimo quadringentesimo nono. Also gereden und globen wir mit guten trewen an disem brive fur uns und alle unsere erben, denselben briff mit allen sinen stucken und gantz und gar tzu halten, dowider nicht tzu tun noch darein ichts zu lelegen (!) mit dheinen sachen in dheine wise an alles geverde; zu urkunde han ich egenant Cuntz der elter mein insigel fur mich mynen egenant sune und alle unsere erben an disen briff gehangen und haben auch gebeten den erbern Philippen von Utenhoven das er sein insigel fur uns tzu merer sicherheit tzu mynem egenant Cuntzen des elsten insigel an disen briff hat gehangen, des ich egenant Philipp bekenne, doch mir und mynen erben unschedlich und an geverde; geben an dem tag und in dem jaren als vor stet geschriben.

---

11) Urkunde von 1411.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Ulrich von Steynauwe bekenne offenlichen an diesem offen briff vur mich und alle myn erbin, daz ich recht und redelichen mit vollbedachtem mute vorsaczt han mit macht und krafft diss offen brifs myn vetern mit namen Beczen von Steynauwe und allen sinen erben myn gute gesucht und ungesucht[1]) yn felde und yn dorffe und yn der marg zu Hastra und alle die mane lehen, die wye da han und unser vater hat uff uns geerbet, nycht uzgenomen, vur czwenczyg guldin gut am golde und swer gnug am rechten gewicht, die ich an myn frumen und nutz ge-

1) S. oben S. 232.

kart und gewant han; und wanne ich vorgnanter Ulrich von Steynauwe ader myn erben dem vorgenanten Beczen von Steynauwe ader sin erbin ffyerczehen tage vor sente Bartholomeustage ader fyrczehen tage darnach [1]) die vorgnanten czwenczig guldin wyder gebe auch gut als vorgeschriben stet an geverde, so soln sye uns die vorgnant gute und lehen mit allen nutzen wyder zu losen gebe, auch an alles geuerde. Und dez zu warczeichen und waren urkunde aller dieser vorgeschriben und nachgeschriben wort und werck han ich vorgnanter Ulrich von Steynawe vur mich und alle myn erbin myn eygen insigel gehencket an diesen offen briff, und zu merem bekentnisse han ich vorgnanter Ulrich gebeten myn bruder myt namen Dyczen und Eberharten von Steynawe, daz ysslicher sin eygen insigel bye myn insigel hat gehangen an diesen offen briff. So bekennen wyr yczunt genante Dycz und Eberhart von Steynawe, daz wy bede unser ysslicher sin eygen insigel zu waren bekentnisse han gehangen an diesen offen briff by unsers vorgnanten bruders insigel. Der gegeben ist nach Cristus geburt ffyertzehundert iare darnach yn dem eylfften iare, uff sente Kylianns tag dez heiligen merteres.

---

12) Urkunde von 1415.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Herman herre zu Rodinstein und zu Liesperg und ich Metze sine eliche wirtin frauwe do selbes erkennen uns semptlich mit diesem offin briffe vur uns und alle unsere erbin und nachkommen allen den diesen offin briff se-

---

1) Lösungstermine s. oben S. 123.

hin horen ader lesen, daz wir rechter und redelicher schuld schuldig sin und gelden sollen deme erwirdigen in gote vater und herren hern Johann ertzkantzeler des heilgin stules zu Rome und ertzbischoffe zu Mentze unserme gnedigen herren [1]) czwey hundert gulden guter swerer gewegener Frangfurter werunge die he uns gutlich geluhen hait und die wir in unsern notze und noitdorfft gewant und gekaret han; und fur die obgnant summe geltes so han wir deme egnant unserme gnedigen herren syme stiffte und nachkommen ingesatzt und setzen yn inne mit macht und crafft dieses briffes unser dorff gnant Stogheim gelegin abewendig Glänberg mit aller siner zugehorunge es sy an gerichte land und lude holtze feld wiesin egkere garten wingarten fronedinste bedde gulde tzinse rente wasser und weyde aber der erden ader under der erden ersucht und unersucht nichts ussgenommen [2]) ane geverde, als daz von alder biis her off uns kommen ist und als sich des Egkard Riedesel gebruchet hait deme wir daz vor auch gesatzt hatten, als sal sich der obgnant unser gnediger herre sine stifft und nachkommen sich des auch also gebruchen ane geverde, und sollen sich des obgnant dorffes mit siner zugehorunge als obgeschriben steet gerulich gebruchen genyssen und scheren [3]) an allen betrangk hyndersal und intrag unser unserer erbin und nachkommen und aller menlichs von unsern wegin ane alle geverde; und ist eigintlich beredt, welch tziit wir obgnante Herman und Metze unsere erbin oder nachkommen affter diesses nehsten iares nach datum dieses briffes kome(nd) in eyme maynde nehst vor sant Peters tage den man nennt zu

1) Johann II. v. Nassau, Erzbischof v. Mainz 1397—1419.
2) S. oben S. 231. 233.
3) = abernten, Lexer, mittelh. Wörterb. ad h. v.

latine kathedra ader in deme nehsten maynde darnach [1]) ane geverde mit czweyn hundert gulden der obgeschriben werunge gebin betzalen und antwurten die off unsere koste virlust und schaden gein Aschaffinburg oder off die Ronenburg, an der tzweyher stete eyne wo wir unser erbin ader nachkomen dann hien bescheide werdin von deme megnant unserme gnedigen herren syme stiffte ader nachkomen, so sollen und wollen sie uns unsser dorff Stogheim mit aller siner zugehorunge als obgeschriben steet und auch diesin briff widdergebin [2]) ledeclich ane alle wydderredde intrag ader beholff geistlicher ader werntlicher sache alles ungeverlich; und wir obgnant Herman und Metze reddin in guten truwen mit waren worten vur uns unser erbin und nachkommen dit alles als do obin von uns geschriben steet stede veste und unverbrochlich zu halden an alle geverde und bose funde, und des in orkunde und merer sicherheide so han ich Herman herre zu Rodinstein und zu Liesperg und ich Metze sine eliche wirtin beyde vorgnant unser beyder ingesigel an diesin offin briff tun hengken. Datum anno domini M°CCCCXV^{mo} in vigilia assumptionis beate Marie virginis gloriose.

---

13) Urkunde von 1418.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Dietrich der elter herre zu Bikenbach bekenne mit disem brieve fur mich und alle mein erben und tun kunt allermeniclich: Alls mir der hochwirdige furst mein gnediger herre her Johanns bischoffe zu Wirtzburg [3])

---

1) S. oben S. 123.

2) Rückgabe der Urkunde, s. oben S. 241. 242.

3) Johann II. v. Brunn, Bischof 1410—1440.

sein und seins stifts drey hofe zu Rieden mit iren zugehorungen fur funfhundert gulden Reinischer eingesetzt und verschriben hat nach innhalt und aussweisunge diss nachgeschriben brieves mit namen . . Wir Johanns von gotes gnaden bischoff zu Wirtzburg bekennen mit disem offen brieve fur uns unsern stift und alle unser nachkomen und tun kunt allermeniclich: Alls der edele Dietrich der elter herre zu Bikenbach unser lieber getrewer uns und unsern stift gegen dem edeln Dietharten von Eysenburg herren zu Budingen fur funfhundert gulden Reinischer aussgezogen geledigt und gelosst hat [1]), nach innhallt und clerlicher aussweisunge der brieve daruber gegeben, also haben wir mit wolbedachtem synne und gutem vorrate demselben Dietrichen von Bikenbach und allen seinen erben dise nachgeschriben unser und unsers stifts drey hofe zu Rieden, der einen Heintz von Husen, den andern Heintz Nether, den dritten Cuntz Endris von Erbshusen ytzunt buwen, mit allen iren zinsen renndten nutzen gulten diensten vellen und allen andern iren zugehorungen besuchts und unbesuchts nichts ausgenomen [2]) und mit allen rechten und guten gewonheiten, alls wir und unser vorfaren seliger gedechtnusse di herbracht und inngehabt haben, recht und redlich fur die obgenanten funfhundert gulden verschriben und eingesetzt, verschreiben und einsetzen auch wissentlich in macht diss brieves also, das er und dieselben sein erben oder wer disen brieve mit seinem guten willen innhat [3]) die obgenanten hofe samentlich und ir yglichen besunder mit allen iren zugehorungen innehaben nutzen

1) Pfandtitel s. oben S. 118 fg.
2) S. oben S. 231. 232.
3) S. oben S. 235. 238.

niessen besetzen und entsetzen und damit ungeverlich tun und lassen sullen und mugen, alls mit andern iren eigen guten, solanng biss wir oder unser nachkomen, oder wem wir das von unsern wegen bevelhen, von im seinen erben oder innhaldern diss brieves[1]) die obgenanten höfe umb die vorgeschriben funfhundert gulden wider geledigt und gelosst hetten an geverde, sollicher losung wir uns und unsern nachkomen zu einer yglichen zeit eins yglichen jars umb die vorgeschriben summ gulden mit disem brieve voll und gantz macht behalden, der sy uns auch also günnen vervolgen und gestatten süllen an allen eintrag irrung und hinderniss irselbs und meniclichs von iren wegen an all geverd und arglist. Des alles zu gutem urkund ist unser insigel an disem brieve gehenkt, am donerstag nach Sannt Laurentzen tage, nach Christi geburt viertzehen hundert jare und darnach in dem achzehenden jare. Also gerede ich Dietrich[2]) der elter herre zu Bikenbach fur mich und alle mein erben, disen vorgeschriben brieve mit allen seinen punkten stuken und artikeln stett vest und unverbruchlich zu halten und dawider nicht zu tund heimlich noch offenlich mit deheinen sachen in dehein weis an geverd. Des alles zu urkund ist mein insigel fur mich mein erben und innhalder des vorgeschriben brieves an disen brieve gehangen, der geben ist an dem tag und jare, alls vorgeschriben stet.

---

1) S. oben S. 238.
2) Dietrich steht doppelt.

14) Urkunde von 1421.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Hanns voyt von Salzperg ritter bekenne und tun kunt mit disem offen brive: Als der hochwirdig furst und herre herr Johanns bischof zu Wirtzpurg [1]) mein gnediger herre sinen und sines stifts grossen zoll zur Newenstat mir und meinen erben verschriben hat nach usswisung des brifs der von worte zu wort hernachgeschriben stet und also lutet: Wir Johanns von gotes gnaden bischof zu Wirtzpurg tun kunt an disem brive, das wir unserm liben getrewen Hannsen voyt von Salzperg ritter, von manigfelticlicher annemer und getrewer dinste wegen, die er uns und unserm stift gar oft merglichen getan hat und furbass mer getrewlich tun sol und mag, zweyhundert Rinische gulden fur drew pferde, die er an unserm dinste verderbt, und etwevil korns, nemlich dritthalbhundert malter, die er uns zu kauffen geben hat, und auch dritthalbhundert gulden dafür er uns einen brif von sinen swegern nemlich Ulrich Hannsen und frowin vom Hutten und iren erben erlost und wider geschickt hat [2]), das alles zuhauf sibenhundert Rinisch gulden machet die genge und geneme sein im lannde zu Franken, schuldig worden sein, und bekennen fur uns unsere nachkomen und stift gein allermeniclich, das wir im und sinen erben darumb und dafur den grossen zoll zu der Newenstat unter Saltzperg gelegen mit sinen zugehorungen verschriben haben, und verschreiben in den auch in craft ditzs brifs geinwerticlich, also das er und

---

1) Johann II. v. Brunn s. oben S. 324.

2) Pfandtitel s. oben S. 118.

sein erben den on hindernusse und insprach unser unserer nachkomen und stifts und sust allermeniclichs innemen und sich des gebruchen nutzen und nyssen sollen, als das danne von alter herkomen ist, und nymands ubernemen [1]), dabey wir sie auch getrewlich sullen und wollen hanthaben und schirmen so beste wir mugen, alslange das wir oder unser nachkomen und stifft den von in umb die obgeschriben sum sibenhundert gulden Rinischer wider gelosen, dafur sie in auch uns oder unsern nachkomen und stift zu losen geben sollen on widersprechen, wanne und welchs jars wir des begeren on geverde [2]). Zu urkunde haben wir unser insigel wissentlich an disen brif tun hencken, der geben ist nach Cristi geburt viertzehenhundert jare und darnach in dem einundtzwentzigsten jare am samstag vor dem suntag Oculi. Also gerede ich obgenanter Hanns voyt fur mich und alle mein erben disen obgeschriben brif mit aller siner innhaltung, alsferre er uns antriffet, zu halden und dawider nicht zu sein mit keinen sachen in keinwise on geverde; und des zu urkunde habe ich mein insigel an disen brive gehangen, der geben ist in dem jare und an dem tage als obgeschriben stet.

---

15) Urkunde von 1421.

Würzburger Kreisarchiv.

Wir Godfrid und Ebirhart gebrudere herren zu Eppenstein bekennen an dissem brieffe fur uns und unsere erben und thun kunt uffinbar allermenlichem: Als wir vor

---

1) Pflichten und Schranken des Pfandgenusses s. oben S. 242. 258.
2) S. oben S. 123. 124.

zyten das dorff Seilffurd by dem Meyne gelegen dem erwerdigen in gotte vatter und herren hern Johann ertzbischoffe zu Mentze unserm gnedigen herren seligen [1]) versatzt han vor sehshundert und zwentzig phund heller nach inhalde und usswisunge solicher brieffe daruber sagende, und als darnach die phantschafft und summe erhohet und uns uff dazselbe dorff von des egnant unsers gnedigen herren von Mentze seligen wegen dartzu auch geluwen ist drittehalphundert gulden, als dann die brieffe daruber sprechende daz auch usswisent, daz nu der erwerdiger in gott fatter und herre her Conradt ytzond ertzbischoff zu Mentze unser gnediger lieber herre [2]) uns zu den obgnant summen uff das egnant dorff auch geluwen hat sestehalphundert guter Rinscher gulden, dieselbe summe nu also zu sammen zu rechen machet dritzenhundert sehstzehen gulden und sestzehen schillinge heller; und sal der obgnant unser gnediger herre von Mentze sine nachkommen und stifft daz obgnante dorff mit luten gulten gefellen gerichten fogtyen renten beden sturen herschafften atzungen dinsten hoe und nydder und allen zugehorungen ersucht und unersucht nüst ussgenommen [3]) inhaben nutzen niessen und des gebruchen als andere ire dorffere lude und gerichte ane unsere unsere erben und allermenlichs widderredde und hindernisse, als lange biss daz wir dem obgnant unserm gnedigen herren von Mentze synen nachkommen odir stiffte widdergeben und betzalen soliche obgnant summe gelts mit namen dritzenhundert sestzehen gulden und sestzehen schillinge heller zu den zyden und in der masse als die fordern

1) Johann II. von Nassau, Erzbischof von Mainz 1397—1419.
2) Conrad III. Wildgraf, Erzbischof von Mainz 1419—1434.
3) S. oben S. 231. 232.

brieffe uber die phantschafft zu Seilfford gegeben besagent und usswisent; und wollen und sollen auch wir Godfrid und Ebirhart gebrudere obgnant odir unsere erben odir ymand von unser wegen uns dheynerley rechts zu dem obgnant dorffe luten odir gulten, so lange ez also ungeloset blibet, vermessen odir underwynden noch uns des in keynerley masse an nemen noch eyncherley dartzu tun daz dem obgnant unserm gnedigen herren von Mentze sinen nachkommen und stiffte daran hinderlich odir in eynchen weg schedelich sin mochte, sunder wir und unser erben wollen und sollen sie by dem obgnant dorffe luden guten und allen zugehorungen geruwelichen lassen bliben, der zu gebruchen und zu genissen, als dan eyn herre syner dorffer und armenlute billich odir von gewonheid genissen und gebruchen sal und mag, als lange biss daz wir sie gelosen mit solicher somme gelts und in massen als vorgeschrebin stet, ussgescheiden alle argeliste und geverde. Und des zu orkunde han wir unser ingesigele an dissen briff tun hengken. Datum anno domini millesimo quadringentesimo vicesimo primo, sabbato proximo post diem sancti Galli confessoris.

---

16) Urkunde von 1435.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Johann von Griffede und ich Jutte sin eliche husfrauwe wir bekennen und tun kunt uffentlich mit diesem brieve vor uns und alle unser erben, das uns der erwirdigster in got vater und herre her Dieteriche erwelter und bestetigter ertzbischoff zu Mentze[1]) etc.

---

1) Dietrich I. Schenk von Erbach, Bischof von Mainz 1434—1459.

unser gnediger lieber herre sin sloss burg und stat zum Rosental mit iren zugehorungen vor tusent Rinscher gulden versatzt und verphendet hait, als das der brieff den wir von sinen gnaden daruber besagende innehan clerlicher usswiset, der von wort zu worte hernach geschrieben steet und also ludet: Wir Dieterich von gotes gnaden erwelter und bestetigter ertzbischoff zu Mentze des heiligen romischen rychs in dutschen landen ertzcantzler bekennen und tun kunt offenbar mit diesem brieffe, das wir rechter und redlicher schult schuldig sin und gelten sollen unserm lieben getruwen Johann von Griffede Jutten siner elichen husfrauwen und iren erben tusent gulden guter und geber von golde und swere gnug von gewicht, damit sie unser und unsers stiffts burg und stat zu Rosental von dem geistlichen statio apt und dem convent zu Hegene grawes ordens [1]) geloset han, als in das von unserm nehsten vorfarn ertzbischoff Conrat seligen [2]) versatzt und verschrieben was; fur die vorgeschrieben summe tusent gulden haben wir ertzbischoff Dieterich obgenant fur uns unser nachkomen und stifft zu Mentze mit willen wissen und verhengnisse der ersamen Peter Echter dechands und des capitels gemeynlich unsers dums zu Mentze unser lieben andechtigen und getruwen den vorgenant Johann Jutten siner elichen husfrauwen und iren erben unser sloss burg und stat zu Rosental und unser ampt daselbs mit allen gulten zinsen nutzen rechten renten und fellen welden wassern und weyden und mit allen andern iren zugehorungen dinsten und frondinsten nichtsnichts ussgenommen [3]) als das bissher uff

1) Cistercienserorden, von den grauen Kutten, Schmeller, Bayer. Wörtb. I. 981.

2) S. oben S. 329 No. 2.

3) S. oben S. 231.

uns und unser stifft herkomen ist in eyner rechten phandswise verschrieben und verphendet, verschriben und verphenden in das genwertiglich in crafft diess brieffs, also das sie die vorgeschrieben unsere sloss burg und stat mit allen iren vorgeschrieben nutzen und zugehorungen fur die vorgeschrieben tusent gulden sollen innehan besitzen nutzen nissen und sich der gebruchen zu irme besten nütze und notdurfft, alsolange biss das wir sie mit der vorgeschrieben summe tusent gulden von ine widder erledigt und geloset haben; doch also das sie unser burger und armelute die zu unserm vorgenant sloss burg und stat Rosental gehorent nit hoer noch anders mit sture und bete betrangen noch besweren sollen dann als von alter herkomen ist [1]) ane alle geverde und argeliste; und sollen auch die vorgenant elichen gemechte oder ire erben die vorgeschrieben unser sloss und ampt und auch die phaffheit burgmann burger und armelute geistlich und werntlich die zu dem vorgeschrieben unserm sloss und ampt Rosental gesessen sint und gehorent getruwelichen hanthaben schuren schirmen vertedingen und versprechen uff ire eygen kost verlust und schaden ane alle geverde und argeliste; und wer es das sie des schaden nemen, welcherley der schade were, des sollen sie an uns unser nachkomen oder stifft zu Mentze nit fordern noch keynerley forderunge oder ansprache darumb an uns haben in dheyne wyse ane alle geverde; auch so sollen die vorgenant unser sloss burg und stat Rosental unser unser nachkomen und stiffts zu Mentze uffen huse sin [2]), also das wir und die unsern von unsern wegen uns daruss und darinn zu allen unsern noten und

1) Schranken und Pflichten des Pfandgläubigers s. oben S. 242. 258.
2) Aperturclausel s. oben S. 258.

sachen weren und behelffen mogen widder allermeniglich ane widder die vorgenant Johann von Griffede Jutte sin eliche husfrauwe und ire erben ane geverde und argelist. Auch ist gerette und mit namen getedingt, wann wir ertzbischoff Dieterich obgenant unser nachkomen oder stifft zu Mentze unser vorgeschrieben sloss Rosental burg und stat mit iren vorgeschrieben zugehorungen von den vorgenant Johann Jutten siner elichen husfrauwen und iren erben mit der vurgeschrieben summe tusent gulden auch guter und geber losen wollen, das wir das zu eyner iglichen ziit in dem jare wann wir wollen wol thun mogen, doch also das wir ine dieselbe losunge ein jare oder lenger vorhin verkunden und zu wissen thun sollen [1]) in unser vorgeschrieben sloss Rosental mit unserm uffen versiegelten brieff; und wann wir in die losunge eyn jare oder lenger vorhin also verkundet und zu wissen getan haben in der masse als vorgeschrieben steet, so sollen wir ine darnach uber eyn jar nach der verkundunge die vorgeschrieben tusent gulden zu Fritzlar in der stat oder eyn mylwegs darumb in welcher andern stat oder sloss sie wollent geben und entworten, doch also das dieselbe stat und sloss mit uns nit in fyntschafft sint und das unser vorgeschrieben gelt und die unsern die wir damit schicken werden die vorgeschrieben losunge zu thun selig und sicher sin, derselben losunge sie uns auch alsdann gestaten und gehorsam sin und uns unser vorgeschrieben slosse mit iren vorgeschrieben zugehorungen wider zu losen geben und inentwerten sollent an allen intrag widerrede und geverde; wer es auch das die ecker die zu unsern vorgeschrieben slossen gehorent gebuwet und be-

1) Kündigung s. oben S. 125.

sehet weren uff die ziit als wir die losunge teden, so solten wir in plugrecht davon werden und gefallen lassen[1]) als das dann sidde und gewonheit ist in den landen ane alle geverde. Auch so sollen die vorgenant Johann von Griffde Jutte sin eliche husfrauwe und ire erben usser den welden die zu unsern vorgeschrieben slossen gehorent nit hingeben oder verkeuffen, dann sie mogen sich der gebruchen zu burnholtze und was sie des zu unsern vorgeschrieben slossen zu verbuwen bedorfften an alle geverde[2]). Und heruff han wir unsern burgmann burgern und armenluten die zu unserm vorgeschrieben slosse Rosental gehorent empholhen und sie geheissen das sie den vorgenant Johann Jutten siner elichen husfrauwen und iren erben globt und huldunge getan 'habent zu gewarten und gehorsam zu sin in aller masse als vor geschrieben steet. Und aller der vorgeschrieben dinge zu waren orkunde so han wir unser ingesigel thun hencken an diesen brieff, und wir Peter Echter dechant und das capitel gemeynlich des dums zu Mentze vorgenant bekennen und thun kunt offentlich mit diesem brieff, das diese vorgeschrieben verphendunge und alle diese vorgeschrieben dinge mit unserm guten willen wissen und verhengnisse durchgangen und gescheen sint und unsern gunst willen und verhengnisse darzu getan und gegeben haben; und des zu gezugnisse so han wir unsers capitels gross ingesiegel zu unsers vorgenant gnedigen herren von Mentze ingesiegel auch gehencket an diesen brieff, der geben ist an Sant Thymotheus tag anno domini millesimo quadringentesimo trigesimo quinto. Und wann nu in dem vorge-

---

1) Vgl. oben S. 244.
2) S. oben S. 265.

nant verphantzbriefe ettliche artickel geschrieben steen und begriffen sint, die uns obgenant Hennen Jutten sin eliche husfrauwe und unser erben rurende und antreffende sin und uns zu halten geburen, darumb so globen und reden wir in guten truwen und gantzer warheit vor uns und unser erben, alle uud igliche stucke puncte und artickel, in dem vorgeschrieben brieffe begriffen und uns antreffende, stete veste und unverbrochlich zu halten zu thun und zu follenfuren, und sunderlichs dem obgenant unserm gnedigen herren sinen nachkomen und stifft mit der losunge und offenunge des vorgenant sloss burg und stat Rosental gehorsam zu sin und zu gewarten nach lute und innehalt des vorgenant verphantzbriefs, alle argeliste und geverde gentzlich ussgescheiden; und des zu orkunde so han ich Johann vorgenant myn eigen ingesiegel vor mich Jutten myn eliche husfrauwen und unser erben vestlich an diesen brieff gehangen, der geben ist an Sant Thymotheustag anno domini millesimo quadringentesimo trigesimo quinto.

---

17) Urkunde von 1435.

Würzburger Kreisarchiv.

Ich Peter von Stetemberg der junge thun kunt allermeniglich mit diesem offen brieve: Als der hochwirdige furste und herre her Johanns bischof zu Wirtzpurg [1]) mein gnediger herre mir und meinen erben das dorf Rudershusen fur ein nemliche summ gelts ingesetzt und verpfendet hat nach usswisung des briefs, der von worte zu worte hernach geschriben stet und also lutet: Wir Johanns

1) Johann II. von Brunn s. oben S. 324.

von gotes gnaden bischof zu Wirtzpurg bekennen und tun kunt allermeniglich mit diesem offen brieve fur uns unser nachkomen und stifte: Als wir und unser stifte dem vesten unserem lieben getrewen Petern von Stetemberg dem elteren und seinem erben rechter redlicher schulde schuldig sein funfftzehenhundert guldein Rinischer [1]) nach usswisung des schultbriefs den er daruber innhat und nach dem wir mit im uberkomen sein, und wann nu derselbe Peter dieselben summ funfzehenhundert guldein ubergeben hat dem vesten Peteren von Stetemberg dem jungen seinem sone, der an seiner stat zu uns und unserem stiffte zu wartten und zu vordern zu haben, also bekennen wir dem ytzgenant Petern von Stetemberg dem jungen solicher schulde funffzehenhundert guldein fur uns unser nachkomen und stifte, das wir im die an des genant seins vater stat sind schuldig worden, und sollen und wollen in jerlich davon zu rechter gulte geben ye von funfzehen guldenn einen guldein nach antzale der obgenant funfzehenhundert guldein [2]), eines yeden jars zwischen unser frawen tag nemlich assumptionis und nativitatis, on vertziehen und on alles geverde; und uf das er und sein erben solicher gulte dester gewisser und wolhebig sein mogen, haben wir in verschriben und verpfendet, verschreiben und verpfenden in in craft ditzs briefs das dorf Rudershusen uf dem Gew gelegen mit allen und iglichen iren nutzen fellen rendten zinsen gulten und andern seinen zugehorungen, was der einem probste des stiftes zu Hauge usswendig Wirtzpurg gelegen zustet, nichts daran ussgenomen on geverde, also das sie die alle jar jerlich einnemen nutzen niessen und sich der gebrau-

1) Vergl. oben S. 52.
2) Vergl. oben S. 105.

chen sollen und mogen nach antzale der obgeschriben gulte von funfftzehen guldein einen guldein von uns unseren nachkomen und stifte und sust allermeniglich ungehindert, alslange biss wir die von im fur die obgeschriben funffzehenhundert guldein wider losen oder in die uf andern gewissen guten versichern und verwisen, daruf sie der wol habend und gewisse sein mogen on geverde; was aber uber dieselben gulte daselbst gefellet, sol der genant Peter von Stetemberg der junge und sein erben ungehindert werden und volgen lassen uns unseren nachkomen und stifte oder wem wir das schicken achten oder geben heissen [1]) on geverde. Wir behalten auch uns unseren nachkomen und stifte oder wem wir des gonnen gantze gewalt und macht, das wir das obgenant dorf mit den obgeschriben seinen zugehorungen wider losen mogen eines iglichen jars und zu welicher zeite im jare wir wollen, solich losung wir in vorhin zwen monden mit unseren offen besigelten brieven verkundigen sullen [2]) und in danne nach ussgeen derselben zweyer monden zu stund unvertzogenlich die obgeschriben funfftzehen hundert guldein betzalen zu Mergentheim oder zu Luden [3]) an der zweyer stete einer, da sie die betzalung aller liebste haben und nemen wollen, da auch die unsern mit dem gelde friede und gleite haben mogen on geverde. Wir gereden auch fur uns unser nachkomen und stifte, diesen obgeschriben brieve mit allen und iglichen seinen stucken punckten und artickeln gentzlich und unverbrochenlich zu halden und dawider nicht zu sein noch zu tun mit keinerley sachen in kein wise on alles geverde. Des zu ur-

1) Restitution der hyperocha, pigner. directa.

2) Kündigung s. oben S. 125.

3) Lauda.

kunde haben wir unser insigel an diesen brieve thun hencken, der geben ist nach Cristi unsers herren gepurt viertzehen hundert jare und darnach in dem funffunddrissigstem jare. Also gerede ich obgenanter Peter von Stetemberg mit guten trewen fur mich und mein erben, den obgeschriben brieve mit allen seinen stucken punckten und artickeln, alsferre uns der berurt, gentzlich stete veste und unverbrochenlich zu halden und uns dawider nicht zu setzen noch zu behelffen mit keinen sachen in kein wise on alles geverde; und des zu urkunde han ich mein insigel an diesen brief tun hencken, der geben ist in dem jare und an dem tage als obgeschriben stet.

---

18) Urkunde von 1446 [1]).

Würzburger Kreisarchiv.

Wir Gotfrid von gotes gnaden bischove zu Wirtzburg [2]) bekennen und thun kunt allermeyniglich mit diesem brieve fur uns unser nachkomen und stifft:

Als der hochwirdig first und herre bischove Johanns von Brun unsere vorfare selige dem strengen und vesten Anshelmen von Rosenberg ritter eingeben und verschriben hat, mit verhengnus unsers capitels zum thume, unser und unsers stiffts slos und ampt Brossoltzheim fur funfftausent unt zweyhundert gulden die er ine und frau Gutichen Ulerein schuldig gewest ist, und als auch der genant unser vorfare Peter von Stetenberg dem jungen, auch

---

1) Obgleich das in der Urkunde mitgetheilte Creditgeschäft sich als Kauf und Wiederkauf bezeichnet, so ist doch, wie aus den Clauseln hervorgeht, ein Pfandgeschäft zu unterstellen. Ueber die wahrscheinliche Ursache dieser Umschreibung s. unten S. 344 No. 3.

2) Gottfried IV. v. Limpurg, Bischof 1444—1455.

mit verhengknus unsers genanten capitels, eingeben und verschriben hat achtzig guldin uff der bete zu Brossoltzheim, zwantzig guldin uff der bete zu Keller und vierzick gulden uff der bete und steuer zu stat Volkach fur sechsundzwantzig hundert guldin die er ine schuldig gewesen ist, des hat der genant von Stetenberg sein itzgemelt schuld ierliche gult und wass er daruber briefe gehabt hat gentzlich ubergeben und geantwort dem vorgenanten von Rosenberg [1]) umb einen virdenteile den derselb von Rosenberg hat gehabt zu Rotingen, also das nu wir und der stifft dem vorgenanten Anshelm von Rosenberg und seinen erben rechter redlicher schuld zu kauff schuldig sein und bleyben siebentawsint und achthundert guldin guter Reynischer landswerung zu Franken, und die briefe und verschreybung daruber als obgemelt stet hat der vorgenant zu Rosenberg alle ubergeben; darumb haben wir demselben von Rosenberg und seinen erben recht und redlich verkaufft und geben ine zu kauffen mit craft dits briffs in den allerbesten rechten so das ymmer craft hat haben sol und mag das vorgenant unnser und unnsers stiffts sloss und ampt zu Brossoltzheim mit den dorffern weylern hofen gutern gerichten gulten zinsen wunen und weyden holtzern freiheiten bethen gewonheiten lewten und guten die darzw gehorent und allen andern zugehorungen als wir und unser stifft dis herbracht und innengehabt haben nichts davon ausgenomen [2]), darzu auch die ierliche bete doselbst und zu Keller und die virtzich gulden ierlichs uff der bete und steuer zu stat Volkach, inmassen das dem genanten Petern von Stetenberg verschriben gewest ist; und die vorgenanten keuffer und alle

1) Cession von Forderung und Pfand s. oben S. 235 fg.
2) Vgl. oben S. 231.

ir erben sollen und mogen das vorgenant slos und ampt mit allen und iglichen iren obgemelten zugehorungen besetzen und entsetzen [1]) als andere ir eygen lewt und gute und die auch innenhaben als wir die innengehabt und von alter herbracht haben und nutzen und nyssen und sich der gebrauchen nach irem besten nutz und fromen fur die obgeschriben summa sibentawsent und achthundert gulden; doch sollen sie die nicht heher beschweren dan von alter herkomen ist on geverde [2]); sie sollen und megen sich auch darein und darauss behelffen zu allen iren krigen und noten wider allermeyniglich on wider uns unsere nachkomen stifft und capitel. Der vorgenant keuffer und sein erben haben uns unsern nachkomen capitel und stifft solche wilkure und macht gegeben, das wir das obgenant slos und ampt zu Brossoltzheim mit der ierlichen bete doselbst und zu Keller und die viertzig gulden ierlichs uff der bete und stewer zu stat Volkach mit allen iren zugehorungen als obgeschriben stet widerkeuffen mogen umb sie [3]) umb die vorgenant summa sieben tawsent und achthundert gulden der obgeschriben werung, oder nemlich das genant slos und ampt zu Brossoltzheim alleyn umb die $V^{M}II^{C}$ gulden als der genant von Rosenberg das vormals inngehabt hat, oder die LXXX gulden uff der bete zu Brossoltzheim, XX guldin uff der bete zu Keller und XL gulden uff der bete und steuer zu stat Volkach umb die $II^{M}VI^{C}$ gulden, inmassen der vorgenant von Stetenberg das auch innengehabt hat, iglichs mit seinir obgeschriben summa alleyn, welchs wir wollen [4]); und

---

1) Vgl. oben S. 241.

2) Vgl. oben S. 258.

3) umb sie del.

4) Sehr interessante Bestimmung: obgleich beide Forderungen in einer Hand sind, sind es doch getrennte Forderungen mit getrennten Pfandrech-

die losung also zu thun uf einen yeden Sant Peterstage Cathedra genant, das wir ine vorhyn ein virteljars mit unserm offenen versigelten briefen verkundigen sollen [1]), solichs widerkauffs sie uns on widerrede gestaten und ir obgeschriben kaufgelt wider nemen sollen. Uns[2]) iglichen iars wen wir wollen und wen wir ine solch verkundigung der losung also gethan haben, só sollen wir ine ir obgemelt kaufgelt uf den negsten Sant Peterstag Cathedra genant darnach viertzehen tag vor oder nach ungeverlich bezalen und ausrichten zu Mergentheim Lauden oder Bischoffsheym, in der dreier stet einer in welcher sie die bezalung allerliebst haben und nemen wollen das sie uns dan wyssen lassen sollen, doch das die unsern dar innen mit dem gelt fridt und gleit mugen haben on geverde. Und wann wir sie also irs obgeschriben kaufgelts der $VII^{M}VIII^{C}$ guldin bezalt und gewert haben, so sollen sie uns das egenant slos und ampt mit der bete doselbst und zu Keller und auch der viertzig gulden ierlichs uff der steuer zu Volkach mit iren zugehorungen als vorgeschriben stet lediglich abtreten und auch diesen briff widergeben und einantworten [3]), die uns dan alsbalde von ine ledig und loss sein und wider gefallen sollen on geverde. Desgleichen sollen sie uns thun mit dem slós und ampt zu Brossoltzheim, ob wir das mit seiner summa der $V^{M}II^{C}$ guldin alleyn ablosten, oder ine bezalten die $II^{M}VI^{C}$ gulden umb den teyle den Peter von Stetenberg in obgerurter masse innen gehabt hat; welchs wir under den zweien also mit

---

ten, daher die Zahlung einer jeden getrennt geschehen kann und angenommen werden muß. Vgl. oben S. 128.

1) Vgl. oben S. 125.

2) Lies: Und.

3) Vgl. oben S. 241. 242.

seiner anzale heubtgelts ablosten, denselben gelosten teile sie uns wider sollen lassen als vorgeschriben stet on alle geverde.

Were auch das die obgeschriben keuffer und ire erben benotigt oder zu rate wurden das ir obgenant keuffgelt haben musten oder wolten, das sollen sie uns und unnsern nachkomen zuvoran anbieten; tetten wir dan also der widerlosung nicht, so mogen sie das obgenant sloss und ampt zu Brossoltzheym oder ein teile mit iren zugehorungen als vorgeschriben stet fur ir obgeschriben kauffgelt verkauffen einen oder zweien iren genossen die unser unsers stiffts mann diener und in unserm stifft gesessen sein in aller masse als wir ine die zu kauffen geben haben [1]), dem oder denselben wir unser nachkomen und stifft solch brieve daruber geben als dieser briefe aussweist, obe wir also des mit ine uberkomen, und der oder die sollen uns und unsern nachkomen gleich wol auch widerumb thun als uns die obgenanten keuffer und ir erben gethan haben on geverde.

Wir unser nachkomen und stifft sollen den genanten keuffer und sein erben zu den genanten slos und ampt und iren zugehorungen als vorgeschriben stet getrewlich schuwren schirmen und verdeydingen als ander unsers stiffts lewt und gute on geverde.

Wir unser nachkomen capitel und stifft sollen auch offenung und volge haben in den obgeschriben slos und ampt zu Brossoltzheim zu allen unsern noten und krigen wider allermeyniglich on wider den obgenanten kauffer und sein erben und on allen iren schaden als dick des not geschicht on geverde [2]).

1) Vgl. oben S. 15 fg. S. 241 No. 2

2) Aperturclausel s. oben S. 258.

Obe auch ein gemeine steuer und hilff im stifft zu Wurtzburg aufgelegt wurde und wir unser nachkomen und capitel solchs in das obgenant slos und ampt Brossoltzheim auch legen wolten, daran sollen uns die genannten keuffer und ir erben nicht engen oder irren und uns darein nicht tragen noch daran zu hindern haben in dhein weiss alles ungeverlich.

Auch were es das das genant sloss Brossoltzheim verloren wurde von kriege wegen yntzunt oder hynach von unsern oder von irentwegen in welcherley weiss oder verlust das were, nichts ausgenomen, so gereden wir obgenanter Godfrid bischove und das capitel gemeyniglich fur uns unnser nachkomen und stifft, dem vorgenanten Anshelm oder seinen erben ir gelt wider zu geben in dem negsten virtel iars, darnach das slos verlorn wurde [1]), oder ine das egenant slos Brossoltzheim mit allen seinen zu und eingehorungen als vorgeschriben stet wider zu iren handen einantworten schicken und geben, oder in ein ander schlos, als gut als das slos were gewest an nutzungen fellen und renten, darauf sie als dan ir gelt haben sollen, in dem negsten virtel jars darnach als es dan verloren were worden, und sollen das innenhaben nutzen und nyssen gleicherweiss, als sie das dan vor innengehabt haben in vor und nachgeschriben massen on geverde.

Auch sollen alle die lewte in dem obgenanten slos und ampt gesessen und die darzu gehoren uns unser nachkomen stifft und capitel erbhuldung thun als von alter herkomen ist, als dick ein newer herre wirdet und not geschicht [2]), doch unschedlich dem genanten keuffer und

1) Diese Clausel beweist m. E. die Pfandqualität des bestellten Rechts. Vgl. oben S. 115 fg.

2) Auch diese Clausel spricht für die Pfandqualität.

seinen erben an irem kauff und kauffgelt, und die selben lewt sollen auch dem genanten kauffer und seinen erben globen hulden und schweren nach lawt dits briffs zu diesem irem kauff und kauffgelt zu gewarten on geverde [1]).

Es sollen auch der vorgenant keuffer und sein erben das vorgeschriben slos und ampt und ire zugehorung und auch die lewt die darzu gehoren und darinnen gesessen sein als vorgeschriben stet getrewlich schutzen schirmen vordeydingen und versprechen als andere ire eygen lewt und guter [2]), und sollen auch nach irem vermogen alles darzu widerbringen das davon entzogen und entfremdt ist, und darzu sollen wir ine beholffen sein, wene sie unser bedorffen, und das dan auch innenhaben in der massen als dieser briff ausweist on geverde.

Wir gereden auch fur uns unser nachkomen und stifft, diesen kauff und kauffbrieff mit allen seinen punckten stucken und artikeln stete und veste zu halten, dowider nicht zu thun noch schicken gethan heimlich oder opfentlich mit gerichten geistlich oder werntlich [3]) noch nymants das zu legen oder gestaten der dowider thun oder kommen wolt mit dheinen sachen in dhein weiss on geverde.

Zu urkunt ist unser insigel an diesen brieve gehangen und wir Richart von Maspach techant und das capitel gemeyniglich des stiffts zum thume zu Wirtzburg bekenne auch an diesen briff, das solcher kauff und verschreibung mit unserm guten willen und verhencknus zugangen und gescheen ist, und gereden auch fur uns und

---

1) Die Relativität der Huldigung entspricht der Relativität des Rechts.

2) Sie haften hierfür mit actio pigneraticia directa vgl. oben S. 242.

3) Bezieht sich wohl insbesondere auf die Einrede des Wuchers. Wahrscheinlich war deßhalb auch der Wortlaut des Wiederkaufs gewählt.

unser nachkomen, dawider nicht zu sein zu thun noch zu schicken gethan werden mit dheiner sachen in dhein weiss on alles geverde, doch unschedlich uns dem capitel und uns thumherrn an unsern gemeinen und besundern lewten und guten on geverde; des zu urkunt ist unsers capitels insigel zu des obgenanten unsers gneidigen herrn von Wirtzburg insigel auch an diesen briff gehangen, der geben ist am donerstag nach Marci, anno domini etc. M.CCCC.XLVI.

---

19) Urkunde von 1452.

Würzburger Kreisarchiv.

Wir Dietherich von gots gnaden des heilgen stuls zu Mentze ertzbischoff des heilgen romischen richs durch Germanien ertzkantzler [1]) bekennen und thun kunt offenlich mit diessem brieffe fur uns unsere nachkomen und stifft: Als uns der edel Walrabe grave zu Waldecke unser lieber neve rechter und redelicher schult nemlich achtzehentusent guter gnemer Rinischer gulden schultig ist, darumb dann etwann der edel Heinrich grave zu Waldeck sin vater selige dem got gnade und er fur sich und ire erben uns und unserm stifft Roden burg und stat verpfendet versatzt und verschriben han, nach lute eins brieffs daruber sprechend, der geben ist am fritage Sancte Dionisientag anno domini millesimo quadringentesimo tricesimo nono und mit sinen und sins vaters obgnant seligen und des hochgepornen fursten herrn Ludewigs lantgraven zu Hessen ingesigeln versigelt, und wir die egnanten burg und stait Roden dem vesten Johann Spiegel dem eltern seligen furbass versatzt verpfendt und

1) Dietrich I. Schenk v. Erbach, Erzbischof v. Mainz 1434—1459.

verschrieben han [1]) umb eine summe gelts nemlich nunhundert und nunundfunfftzig gulden, die er auch ettlichetziit ingehapt und Heinrich Spiegel sin bruder nu inhait, solliche obgnant nunhundert und nunundfunfftzig gulden der egnant grave Walrabe dem vorgnanten Heinrich Spiegel von unsern und unsers stiffts wegen ussgericht und betzalt hait [2]), und darumb so han wir itzt dem egnanten Walraben graven zu Waldecke und sinen erben Roden burg und stait vor die obgnanten summe nunhundert und nunundfunfftzig gulden furter verpfendt versatzt und verschrieben, also das der egnant grave Walrabe und sin erben Roden burg und stait mit allen und iglichen sollichen sinen renten rechten zinsen gulten und zugehorungen, alsdann uns und unserm stifft von im und sinem vater seligen ingegeben und verschriben ist, fur die obgnanten summe nunhundert und nunundfunfftzig gulden inhaben des genissen und gebruchen sollen uud mogen, alsslange biss das wir unsere nachkomen ader stifft den vorgnanten graff Walraben oder sinen erben die vorgnanten nunhundert und nunundfunftzig gulden gentzlich widder geben und betzalt haben, sollich betzalung wir unsere nachkomen ader stifft auch thun mogen zu einer iglichen ziit im jare wann uns das ebent und füget, so ferre doch das wir unsere nachkomen ader stifft dem egnanten grave Walraben ader sinen erben ein sollichs zu einer iglichen tziit im jare, wann uns das eben ist, ein jare zuvorhin verkunden und zu wissen thun sollen [3]) mit un-

1) Also Afterpfand s. oben S. 240.

2) Die 959 Gulden werden geleistet nicht zur Zahlung der eigenen Schuld des Walrabe, sondern zur Zahlung der Schuld des Stiftes, daher das interessante Verhältniß, daß der erste Verpfänder zugleich Afterpfandgläubiger wird; denn dieses Verhältniß ist ihm günstiger, als das, welches er durch Theilzahlung auf seine eigene Schuld erlangen würde.

3) Vgl. oben S. 125.

serm offin versigelten brieffe, und dann nach ussgeen desselben jars sollen wir unsere nachkomen ader stifft dem egnanten grave Walraben ader sinen erben solliche obgnante summe gelts nunhundert und nunundfunfftzig gulden betzalen entwerten und uberliebern zu Fritzlar oder Geissmar, in der zweier stete einer welche sie wollen und uns wissen laissen, solich gelt der egnante grave Walrabe ader sin erben alsdann auch von uns unsern nachkomen und stifft entpfahen und nemen und uns daruff Roden burg und stait mit sinen obgnanten zu und ingehorungen und auch diessen brieff widder inentwerten und ubergeben sollen [1]) sunder intrag vertzog widderrede argelist und ane alle geverde. Und wer es auch das der egnante graffe Walrabe ader sine erben solliche obgnanten nunhundert und nunundfunfftzig gulden widder haben und uns die nit lenger ansteen laissen ader emperen wolten [2]), das solten sie uns unsern nachkomen und stifft ein gantz jare vorhin in iren offin versigelten brieffe verkunden und zu wissen thun; und so uns unsern nachkomen und stifft das also von dem egnanten graff Walraben ader sinen erben ein jar vorhin verkundet ist, so sollen und wollen wir unsere nachkomen und stifft im ader sinen erben solliche obgnanten summe nunhundert und nunundfunfftzig gulden zu ussgeen des jars nach der verkundung an guten gnemen Rinischen gulden reichen geben und betzalen an den enden und steten wie dann obgeschrieben steet; und so wir unsere nachkomen und stifft solliche betzalunge des egnanten gelts in' vorgeschribener mass also gethan han, so sollen der vorgnante grave Walrabe und sine erben der obgnanten sloss Roden burg und stait

1) Vgl. oben S. 241.

2) Vgl. oben S. 99.

mit allen iren vorgemelten rechten und zugehorungen uff stunt abetreten und uns unsern nachkomen und stifft die lediglichen widder inentwerten und folgen laissen, und auch diessen brieff widdergeben; es sollen alsdann auch burgmann burgere inwonere und alle andere zu denselben slossen Roden burg und stat gehorende irer glubde und eide so sie dem benanten Walraben und sinen erben uber diesse pfantschafft gethan hetten gantz ledig sin ane allen intrag vertzog und geverde. Auch wie der egnant unser neve von Waldecke itzunt das sloss Roden gestalt findet mit sate uff dem felde geschutze hussrade und anders, sal er uns unsern nachkomen und stifft das zu der tziit so die losunge geschicht widder ingeben ane geverde. Auch so han wir uns unsern nachkomen und stifft in dieser unser verpfendunge und verschribung an den obgnanten slossen Roden burg und stait eine offenunge behalten [1]) und behalten uns die also geinwertiglich mit crafft diesss brieffs, also das wir unsere nachkomen und stifft uns daruss und darinn zu allen unsern kriegen noten sachen und gescheffften behelffen sollen und mogen widder allermenglich ane alleyn widder den egnanten graff Walraben und sine erben die burgere und inwonere der obgnanten stait Roden und andere armenlute dartzu und ingehorig; dieselben auch der egnant grave Walrabe und sine erben getruwelich schuren schirmen schutzen und verantwerten, sie auch by iren rechten herkomen friheiten und gewonheiten bliben laissen und daruber nicht bedrangen noch besweren sollen in keine wise sunder alles geverde [2]). Und ist nemlich beredt, ob es were das

1) Vgl. oben S. 258.
2) S. oben S. 258.

Roden burg und stait in der tziit so wir uns der offenunge gebruchen verloren wurde, da got vor sy, so sollen wir und unsere nachkomen und der egnant grave Walrabe und sin erben getruwelichen eynander behulffen sin, das widder zu unsern handen zu brengen, und so wir das zu unsern handen gebracht han, so sollen wir das beide und unser iglicher innehaben zu sinen rechten, inmassen als vor; es sal auch unser keiner durch teidinge ader anders das sloss zu sinen handen nemen ader sich des slosss undertziiehen, es geschee dann beiden teilen zu gute und das beide teile darinn zum besten versorgt wurden ane alle geverde. Er und sin erben sollen auch die obgnante slosse Roden burg und stait, dwile sie die in pfantschafftsswise, inmassen obgerurte ist, innehaben, getruwelichen besetzen bewachen bewaren und behalten nach iren besten sinnen und vermogen [1]) und in redelichem weselichem buwe und dachunge halten alles uff ire eigen koste sunder alle geverde. Der egnante grave Walrabe und sin erben sollen auch, dwil sie das obgnante slosse in vorgeschribener massen inhaben, die welde dartzu gehorig nicht verwusten verkeuffen nach verhauwen, anders dann zu borne und buwe holtz, sovil sie des zu notturft des obgnanten slosss bedorffen wurden, ane geverde [2]); doch so sollen und mogen die kolere die zu Roden und in den dorffern darumb und zu Roden gehorend wonende sin in den welden dartzu gehorig furter kolen bornen laissen als sie bissher ungeverlich gethan han, so ferre doch das sie kein schedelich holtz dartzu verbornen ane geverde. Und wir han auch darumb geheissen alle und

1) S. oben S. 242.
2) Vgl. oben S. 265 No. 1.

igliche burgmann burgere gebuwere thornhuter pfortener wechtere und inwonere zu den obgnante sloss Roden burg und stait gehorende und darinn wonende, das sie dem obgnanten graff Walraben und sinen erben zu sollicher pfantschafft und gülte globen und sweren und im auch gewertig und gehorsam sin sollen nach lute diesss brieffs und nicht furter ane alle geverde. Auch ist nemlich beredt, das durch diesse verschribunge und verpfendunge andere verschribunge die zuschen ertzbischoffen zu Mentze und den graven zu Waldecke gescheen sin, das sloss Roden antreffende, in einchen weg nicht gekrengt noch geswecht sin, sunder sie alle in iren crefften und macht als fur diessem hutigen tage sin und bliben sollen ane alle geverde [1]). Und des zu orkunde so han wir unser gross ingesigel an diessen brieff thun hengken, und wir Heinrich Griffencla thumdechant und das capitel gemeinlich des dhums zu Mentze bekennen und thun kunt offinlich mit diessem selben brieffe, das solliche vorgerurte verpfendung und verschribung mit unserm guten willen wissen und verhenghniss durchgangen und gescheen sin. Und han des zu getzughniss unsers capitels gross ingesigel by des obgnanten unsers gnedigen herrn von Mentze ingesigel an diessen brieff gehangen, der geben ist nach gots gepurt viertzehenhundert und in dem zweyundfunfftzigsten jare, uff sant Endres des heilgen aposteln tag [2]).

1) Also insbesondere die Eingangs genannte Verschreibung.

2) Die obigen Urkunden sind von mir copirt mit Ausnahme von nr. 4 und 11, welche ich copiren ließ, dann aber selbst mit den Originalien collationirte und nach meiner Wiedergabsweise redigirte.

II.

Excurse und Annotationen.

Excurs zu S. 50.

Das interessante Verhältniß des Loskäufers zum losgekauften Freien ist in den modernen pfandrechtlichen Constructionen viel zu wenig berücksichtigt worden. Vgl. darüber, außer den im Text Citirten, Retes in Meerman's thesaurus VI p. 301 fg., Dirksen, hinterlassene Schriften (herausgegeben von Sanio) II S. 264 fg. Die römischen Juristen bezeichnen das Verhältniß vielfach als jus pignoris, vinculum pignoris, fr. 43 § 3 leg. I, fr. 15, fr. 19 § 9, fr. 21 pr. de capt. c. 2. 8. 11. 13 de postlim.; etwas doucement spricht Ulpian fr. 20 § 1 qui test. fac. von einem: vinculo quodam retineri. Doch auf diese Ausdrucksweise kommt wenig an. Wesentlich ist es, daß der Redemtor nicht bloß ein Retentionsrecht hatte, wie Dirksen a. a. O. S. 272 behauptet, sondern das Recht hatte, die Arbeitskraft des redemtus zu seiner Befriedigung auszubeuten, wie dies aus c. 20 § 2, vgl. auch c. 7 de postlim., ganz sicher hervorgeht. Die Gewalt über denselben wird daher auch mit potestas bezeichnet, und der redemtus den Hausangehörigen beigesellt, vgl. fr. 20 § 1 qui test. fac. Mag dies ein unvollkommenes Pfandrecht sein, so ist es doch ein Pfandrecht. Ein solches Pfandrecht an einem freien Menschen ist ebensowenig befremdend, als das Rechtsverhältniß des

dominus gegenüber dem liber homo, der ihm bona fide servit, wie denn auch beide Verhältnisse in fr. 8 de re militari zusammengestellt werden. Der Schutz des Redemtor gegen Entziehung des in seiner Gewalt befindlichen Losgekauften wird in derselben Weise gewährt worden sein, wie der Schutz gegen widerrechtliche Entziehung des Schuldgefangenen. Vgl. Gajus III 199, lex Ursonensis c. 61, Exner, Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII S. 397.

Die Aufstellung, daß der Redemtor keinen obligatorischen Anspruch auf Ersatz des ausgelegten pretium's habe, ist von Dirksen a. a. O. S. 268 bestritten worden. Allein sie wird vollkommen bewiesen durch das Schweigen der Quellen, welche sich in der subtilsten Weise über die pfandrechtliche Haftung des redemtus und über die Art und Weise, wie sich der Gläubiger zu helfen habe, ergehen, ohne zu erwähnen, daß selbstverständlich auch noch ein gemeiner, gewöhnlicher obligatorischer Anspruch vorliege, der ja in den meisten Fällen den Schwierigkeiten abgeholfen hätte. Ein solcher Anspruch hätte naturgemäß auch den redemtus überdauert, um auf seinen Erben überzugehen; die Römer entscheiden aber gerade im Gegentheil: sine obligatione debiti obisse, fr. 15 de capt., vgl. mit fr. 1 § 4 de suis et legit. Daß aus den von Dirksen a. a. O. No. 56 allegirten Stellen, fr. 20 (21) pr. de neg. gest. und fr. 28 § 1 de don. i. v. et ux., nichts dagegen zu entnehmen ist, bedarf keiner Ausführung.

Annotation zu S. 58.

Vgl. jetzt auch Weisl, deutsches Pfandrecht bis zur Reception des römischen Rechtes (1881) S. 51 fg., der aber mit seiner Construktion den Inhalt des Rentengeschäftes nicht erschöpft.

Annotation zu S. 66 No. 4.

Ueber die Basilikenscholiasten, die eigentlich besser Digestenscholiasten heißen, da ihre Commentationen zu den Digesten geschrieben sind, aber allerdings später den Basiliken beigesetzt wurden, vgl. Heimbach, Zeitschr. f. Rechtsgesch. II S. 320 fg., und denselben Basilic. VI p. 49. 50. 56. 121. 204.

Annotation zu S. 67 No. 1.

Vgl. jetzt auch Mommsen im Hermes XVI S. 25. 39.

Annotation zu S. 83 und 88.

Vgl. auch Urkunde v. 1105 im Cod. Padovano I nr. 16 p. 13: libras denariorum mille quingentas quas mihi dedisti — ut eas apud nos retinere debeamus amodo in antea usque ad triginta dies expletos — —. Pro majore autem firmitate ponimus tibi nexu fiducie loco pignoris totam et integram villam —. Predictam autem villam — tibi obligo et in pignore pono ut si minime fecero te ad deliberandum ad suprascriptum terminum eo hordine et racione ut supra legitur, tunc tribuat tibi potestas accedere et intromittere sive ad proprium dominare ipsa vestra pignora et tamquam legitimum documentum possidere nullo vobis homine contradicente.

Annotation zu S. 86 No. 1.

In der nunmehr erschienenen zweiten Auflage des Lörsch-Schröder'schen Urkundenbuches ist die betr. Bezeichnung weggeblieben.

Annotation zu S. 87. 88.

Vgl. auch Urk. v. 1025 im Codex Cavensis V nr. 769 p. 101: prestitit ego — decem auri tari boni — pro pars pingneris apposuit et obligavit se michi una pecia de terra

cum aliquante plante de abellane — talim ordine, ut amodo et usque tres anni completi abeamus nos nostrisque heredibus inclita ipsa jamdicta pecia de terra, et omnis frudium vel quicquit inde exierit amodo usque ipso constitutum, totum illut nobis abeamus faciendum inde omnia que voluerimus; ad completi vero ipso constitutum retderet michi meique heredibus vel cui ipsum brebem in manum paruerit[1]), alii decem auri tari boni — —, ut per caput et sine juncta illis dare possamus. Et si in predicto constitutum ipsi decem auri tari michi meique heredibus non dederit, inclita ipsa rebus cum ipsa monimen indeque pertinentes, unde michi dedit ad abendum, securiter et firmiter eos abendum et dominandum et omnia inde faciendum quod voluerimus. —

Annotation zu S. 105. 106.

Vgl. auch Urk. v. 1376, im Auszug mitgetheilt von Wyß, in den Forschungen zur deutschen Geschichte XVIII S. 215: für 1000 Gulden wird ein Zoll verpfändet in der Art, daß aus den Einkünften zuerst 10 % dem Gläubiger frei zukommen, der Uebererlös am Kapital abgeht, während das etwaige Manco zum Kapital zu schlagen ist.

Annotation zu S. 108.

Vgl. auch die Pfandurkunde v. 1141 im Cod. Padov. I nr. 393 p. 295: Hoc autem pignori posito in eadem ecclesia pro centum libris denariorum Veronensium mutuo acceptis sine honere usurarum. — — Insuper etiam fecit cessionem nomine donacionis in predictum priorem et ejus fratres et de omnibus fructibus et redditibus hujus pignoris sub predicta wadia.

---

1) Inhaberclausel vgl. S. 89. 235. 236.

Annotation zu S. 130.

Andere Todsatzungen finden sich z. B. in Urk. v. 1331 bei Schöpflin, Alsatia diplomatica II 950 p. 144, und in Urk. v. 1333 Cod. Brand. VI p. 458 nr. 7: dictos redditus — — defalcare debebit, quousque sibi de trecentis marcis — fuerit integraliter satisfactum; in Urk. v. 1341. 1343, Forschungen z. deutsch. Gesch. XVI p. 112. 113 u. a.

Annotation zu S. 162. 163.

Dieser Umgehungsmodus wird auch charakterisirt von Giovanardi, il sistema ipotecario II p. 197. 198: Colui che si vela all' ombra di un' acquisto dei frutti o di una conduzione del fondo può impunemente abusare del bisogno del suo debitore e, statuendo in quello un modico prezzo, in questa una modica corrisposta, mettersi in situazione di guadagnare delle immodiche usure, senza che il debitore possa utilmente lagnarsene (!). Chè quando pure nella compra e nella conduzione sono modici il prezzo o la mercede, nessun rimedio compete a chi vende o a chi loca —. Man sieht, dieser Schriftsteller findet sich in der Theorie der verdeckten Geschäfte nicht zurecht. Vgl. jetzt auch Hellwig, Arch. f. civ. Pr. B. 64 S. 372 fg.

Annotation zu S. 170.

Für die verschiedene Stellung des Usufruktuars und Pfandgläubigers bezeichnend sind auch die Bestimmungen der Coutumes générales des pays duché de Luxembourg et comté de Chiny v. 1623, wo bezüglich des Usufruktes und des Pfandrechtes an Lehensgütern folgendes bestimmt wird:

tit. III a. 13: L'usufructuaire n'est obligé de faire le relief, bien le service dû selon la nature du fief.

a. 16: Celui qui a quelque rente hypothequée sur le bien féodal n'est obligé à relief ni hommage.

a. 17: Mais le possesseur à titre d'engagere y est tenu, quand le proprietaire est absent et ne réside en la Province, et en ce cas (et non autre) il est aussi tenu de recevoir toutes significations qui concernent le fief.

Excurs zu S. 182.

Ich werde mich wohl kaum gegen das Mißverständniß zu wenden haben, als würde ich etwa zu denen gehören, die den Fruchtgenuß des Emphyteuta als einen Ausfluß, als eine Folge des Besitzes betrachteten. Vgl. dagegen Arndts, civ. Schriften I S. 293, Scheurl, Beiträge I S. 299. Natürlich: der Emphyteuta erwirbt die Früchte mit der Separation, auch wenn er depossedirt ist, auch wenn er sich nicht im Besitz der Sache befindet. Meine Argumentation ist aber die: die Römer nehmen einen vollen Besitz an, wenn dem Besitz ein Recht entspricht, welches volles Ausbeuterecht gewährt; deßhalb ist umgekehrt, wo die Römer Besitz statuiren, daraus zu schließen, daß das correspondirende Recht volles Ausbeuterecht bietet. Ob im concreten Fall mit diesem Rechte der Besitz verbunden ist, thut nichts zur Sache; nur daß dem Rechte in abstracto, im Allgemeinen, der Besitz correspondirt, das ist entscheidend.

Excurs zu S. 200.

Auch hier wird es kaum nöthig sein, das Mißverständniß von mir abzuwehren, als würde ich durch diese Annahme gegen den bekannten Satz verstoßen, daß eine Stellvertretung im Pfanderwerb zu Marcian's Zeiten noch nicht statthaft war, fr. 11 § 6 de pign. act. (ohne die Justinian. Einschiebsel) und c. 3 (2) per quas personas (von Justinian), vgl. Buchka, Lehre v. d. Stellvertretung S. 86. Denn die Quelle, aus welcher der Pfandgläubiger des nomen das Pfandrecht

an der gezahlten Sache schöpft, ist ja nicht der Zahlungsakt zwischen dem Zahlenden und dem Zahlungsempfänger, sondern der vorausgehende Verpfändungsakt, welcher, indem er das pignus nominis begründet, damit die künftig zu zahlende Sache in den Pfandnexus zieht. Es würde sich ähnlich verhalten, wenn etwa fructus pendentes verpfändet und diese durch einen Vertreter des creditor abgeerntet würden. Vgl. Göppert, organische Erzeugnisse S. 234 fg.]

Annotation zu S. 209 No. 3 und S. 40 No. 1.

Für das germanische Proprietätspfand vgl. auch Urkunde v. 1124 im Cod. Padovano I nr. 154 p. 125:

Fecit Natigerius — cartulam vendicionis — in manu Dadolo — nominative de massaricia una de terra juris sui —. Hec cartula vendicionis pignus est posita per precium libras XXVII Veneciarum monete terminum de hinc ad ano novum proximum venturum — —. Promissionis fecit inter se uni alteri quod si predicto Natigerius vel suos heredes fecit sanacionem de suprascripti denarii libras XXVII Veneciarum cum proficuo per libras in mense denariorum sex a Dadolo vel a suos heredes de hinc a festa de ano novo proximo veniente — reddere debet Dadolo vel suos heredes ista cartula rasa — — sub pena dupli. Et si predicto Natigerio vel suos heredes non fecit sanacionem de suprascripti denarii libras XXVII Veneciarum cum proficuo per libram in mense denariorum VI a Dadolo vel a suos heredes — deinde in antea ista cartula vendicionis firma et stabile permaneat sub pena dupli — —.

Annotation zu S. 213 No. 1.

Zu c. 98 lex Ursonensis vgl. auch Mommsen, Ephemerid. epigraphic. II p. 127, Bruns, Zeitschr. f. Rechtsgesch. XII S. 114.

Excurs zu S. 214.

Gegen dieses Aufgehen in einem höheren Pflichtenkreis sprechen nicht die Entscheidungen in fr. 5 § 14, fr. 17, fr. 34 (35) de neg. gest., fr. 6 § 6 i. f. mand., cfr. fr. 31 eod., fr. 9 § 1 de adm. et peric., vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft II S. 359 fg.

Denn wenn der Vormund oder Gestor seine eigene Schuld zu bezahlen hat, und deßhalb sowohl kraft seiner speciellen Schuldenpflicht, als kraft seines Vormunds- oder Gestorenverhältnisses haftet, so sind das nicht zwei ineinander aufgehende, sondern zwei über einander stehende Pflichten, wovon die zweite die erstere voraussetzt: als Vormund ist er nur da verpflichtet, Zahlung zu leisten, wo er aus einem speciellen Verhältnisse schuldig ist, auch nur soweit er schuldig ist: die allgemeine Pflicht wird nur engagirt, wenn und weil die specielle engagirt ist. Eine sprechende Bestätigung dessen bietet das fr. 34 (35) de neg. gest. Die specielle Obligation entspringt aus einem selbstständigen Obligationsgrunde, sie entspringt nicht aus dem Gesammtorganismus des Tutel- oder Gestorenverhältnisses.

Nicht widerspricht ferner die in den Quellen sicher bezeugte Concurrenz der condictio sine causa oder finita causa mit der actio emti, venditi, locati und dgl.; vgl. fr. 2 de cond. sine causa, fr. 6 § 1 de contr. emt., fr. 4 pr. de lege commiss., fr. 8 pr., fr. 11 § 6 de act. emt. vend., fr. 35 de serv. praed. urb., fr. 9 § 1 de cond. ob turp. caus., fr. 50 pr. de jure dot., Windscheid, Voraussetzung S. 67 fg.,

vgl. auch Jacobi in Iherings Jahrb. V S. 274 fg., und jetzt Baron, Abhandlungen aus dem Röm. Civilproceß I S. 222. Denn in diesen Fällen ist die condictio nur eine andere processualische Form der Geltendmachung desselben Totalrechtsverhältnisses, wie die actio ex contractu, sie bringt, wie diese, das ganze Verhältniß zur richterlichen Cognition, und nur das Verfahren in jure mit seinen processualischen Folgen ist ein anderes, vgl. auch Baron a. a. O. S. 200 fg.; der Unterschied ist ein bloß processualer, ebenso wie es ein bloß processualer Unterschied ist, wenn die ädilicischen Mängel nicht durch die ädilicischen Aktionen, sondern durch die Contractsklage geltend gemacht werden, fr. 13 pr. de act. emt. vend., vgl. Wlassak, zur Gesch. der neg. gestio S. 170 fg. Es ist ein großer Fehler, daß man solchen processualischen Unterschieden eine materielle Bedeutung beigemessen und sie daher bis in das moderne Recht fortgesponnen hat.

Bestätigt wird dagegen unser Satz durch die Entscheidung des römischen Rechts, daß, wo ein Mandatsverhältniß vorliegt, die rechtlichen Beziehungen nicht vom Standpunkte der negot. gestio aus betrachtet werden dürfen, und daher die act. neg. gest. ausgeschlossen ist: si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur, fr. 6 § 1 mand.: die Geschäftsführung geht in dem umfassenderen Mandatsverhältniß auf; rechtlich besteht nur ein Mandatsverhältniß, nicht ein Mandats- und ein Negotiorumgestorenverhältniß zusammen. Anders nur, wenn das Mandat ungültig ist: dann bleibt die Geschäftsführung als ein, selbstständige Rechtsbeziehungen schaffendes, Moment immer noch übrig; denn jetzt fehlt es an einem allgemeineren Verhältnisse, welches dieses eine rechtsschöpferische Moment in sich aufnähme; vgl. fr. 5 pr. de neg. gest.: si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic

nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione.

Annotation zu S. 223 No. 1.

Vgl. dazu auch Randa, Besitz S. 579 No. 29, der richtig ausführt, daß der Usufruktuar den Wegbesitz als Usufruktbesitz, nicht als Realservitutenbesitz ausübt, daher ihm denn auch das Schutzmittel des Realservitutenbesitzes nicht gewährt werden sollte. Es ist daher eine Erstreckung des interd. de itinere, wenn es dem Usufruktuar nichtsdestoweniger eingeräumt wird.

Annotation zu S. 232.

Cum — cultis et incultis findet sich auch in Urk. von 1276, Fontes rerum Austriacarum I p. 180. 181. In Urk. von 1410 ib. XVIII 419 p. 517 steht bloß versucht, ohne unversucht; offenbar ein Schreibfehler!

Annotation zu S. 233.

Unter schätz (Urk. v. 1472) können aber auch Bergwerksmineralien verstanden werden, Arndt, Geschichte und Theorie des Bergregals S. 97 fg.

Annotation zu S. 234.

Die Verfallclausel findet sich beispielsweise auch in Urk. von 1292 Baur Urkundenbuch des Klosters Arnsburg nr. 240 p. 166, und in Urk. von 1337 Fontes rerum Austriacarum X 269 p. 263.

Annotation zu S. 258.

Die clausula aperturae findet sich auch in Belehnungsverträgen; z. B. in Urk. von 1161 Fontes rerum austriacarum V 7 p. 28: et dominus episcopus (Lehnsherr) debet habere curiam suam in castro illo et habitare quando

voluerit. Et si per werram fuerit necessarium episcopo, et aliquem vel aliquos ad werram faciendam ibi in castro ponere voluerit, illud castrum debet eis esse apertum —.

Aehnlich Urk. von 1189 ib. V 32 p. 82, und ib. V 34 p. 88, von 1194 ib. V 55 p. 122.

Linguistische Bemerkungen.

Zu S. 21:

thier von tenere mit Abstoßung des n, wie im Portugiesischen, vgl. Paul Meyer, Etude sur une charte Landaise in Romania III (1874) p. 438; coytinar vielleicht von coactare, zusammentreiben, zusammenhalten; wahrscheinlich ist aber zu lesen coytivar = cultivare.

Ich verdanke diese Bemerkungen bezüglich thier und coytinar der Freundlichkeit meines Collegen Mall.

Zu S. 88 und S. 354:

juncta = Zusatz, Erhöhung, vgl. Ducange ad h. v.

Zu S. 119:

oblie oder oblée, oblia Brodleistung, später in Geldleistung übergegangen, daher droit d'oubli, d'oubliage, d'obliage, z. B. Cout. de Blois a. 40 (B. de Richeb. III p. 1050), Consuet. Tolos. IV a. 10 (B. de Richeb. IV p. 1054). Vgl. Ducange ad h. v.

Zu S. 165:

pactum = Pachtzins, vereinbarte periodische Abgabe, vgl. **Ducange** ad h. v.

Zu S. 303:

sagma = Last, auch salma, sauma. Dasselbe, wie französisch somme (bête de somme), deutsch Saum in Saumthier, **Ducange** ad h. v., **Diez**, etymologisches Wörterbuch S. 364, **Weigand**, deutsches Wörterbuch II. S. 531; lagena ein Maß, vgl. **Ducange** ad h. v.

Zu S. 357:

proficuum = Einkommen, Zins, vgl. **Ducange** ad h. v.

III.

Verzeichniß

der hauptsächlichen in dieser Schrift citirten Urkundenwerke.

Marini, Papiri diplomatici, 1805.
Muratori, Antiquitates Italicae medii aevi, 1738 fg.
Fumagalli, Codice diplomatico Sant' Ambrosiano, 1805.
Brunetti, Codice diplomatico Toscano, 1806.
Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca IV und V, 1818 fg.
Regii Neapolitani archivi documenta V u. VI, 1857 fg.
Troya, Codice diplomatico Langobardo, 1853 fg.
Romanin, Storia documentata di Venezia, 1853.
Monumenta historiae patriae edita jussu Caroli Alberti.
Codex diplomaticus Cavensis, 1873 fg.
Codice diplomatico Padovano dall' anno 1101 alla pace di Costanza, 1879.
Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens IV.
Kemble, Codex diplomaticus aevi saxonici, 1839 fg.
Thorpe, diplomatarium anglicum aevi saxonici, 1865.
Cartulaire de l'abbaye de Redon par Courson, 1863.
Cartulaire de l'abbaye de Savigny par Bernard, 1853.
Davon der zweite Theil: Cartulaire d'Ainay.
Cartulaire de l'abbaye de St. Victor de Marseille par Guérard, 1857.

Cartulaire de l'église cathédrale de Grenoble par Marion, 1869.

Cartulaire de l'abbaye de St. Père de Chartres par Guérard, 1840. Die so eben citirten 6 Cartularien sind publicirt in der collection de documents inédits sur l'histoire de France.

Vaissete, histoire générale de Languedoc, t. V, 1875.

Histoire de Metz, 1781.

Cartulaire de l'Abbaye de Notredame des Vaux de Cernay par Moutié, 1857.

Cartulaire de St. Etienne de Baigne par Cholet, 1868.

Cartulaire de l'évêché d'Autun par Charmasse, 1880.

Cartulaire de la commune de Namur par Bormans, 1876.

Cartulaire de l'abbaye d'Orval (Collection de Chroniques Belges inédites), 1879.

Warnkönig, flandrische Staats- und Rechtsgeschichte III 2 Urkundenbuch.

Ludewig, Reliquiae manuscriptorum omnis aevi diplomatum ac monumentorum, 1720.

Meichelbeck, Historia Frisingensis, 1724 fg.

Jung, Miscellanea, 1739.

Guden, Codex diplomaticus, 1743.

Schannat, Sammlung alter historischer Schriften, 1725.

Scheid, Origines Guelficae, 1750 fg.

Schöpflin, Alsatia diplomatica, 1772 fg.

Würdtwein, diplomataria Maguntina, 1788.

Sattler, Geschichte des Herzogthums Würtenberg, 1764 fg.

Aettenkhower, Kurzgefaßte Geschichte der Herzoge v. Bayern, 1767.

Böhmer, principia juris feudalis, 1790, Appendix documentorum.

Neugart, Codex diplomaticus Alemanniae, 1791.

Codex diplomaticus Rheno - Mosellanus v. Günther, 1822.

Codex diplomaticus Fuldensis v. Dronke, 1850.

Lörsch und Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts.

Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westphalen v. Seibertz, 1839 fg.
Westphälisches Urkundenbuch v. Wilmans, 1859.
Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins v. Lacomblet, 1840 fg.
Urkundenbuch zur Geschichte der, jetzt die Preuß. Regierungsbezirke Coblenz und Trier bildenden, mittelrheinischen Territorien von Beyer, Eltester und Görz, 1860 fg.
Quellen zur Geschichte der Stadt Köln, von Ennen und Eckertz, 1860 fg.
Urkundenbuch des Stiftes Walkenried, der Stadt Lüneburg (cit. als Lüneburger Urkundb.) im: Urkundenbuch des Vereins für Niedersachsen, 1846.
Lüneburger Urkundenbuch v. W. v. Hodenberg, 1859 [cit. als Hodenberg's Lüneburger Urkundenbuch].
Calenberger Urkundenbuch v. demselben, 1855.
Hoyer Urkundenbuch v. demselben, 1855.
Bremisches Urkundenbuch v. Ehmk, 1863 fg.
Codex diplomaticus Saxoniae regiae v. Gersdorf, 1864 fg.
Codex diplomaticus Lusatiae superioris v. Köhler, 1856.
Codex diplomaticus Brandenburgensis v. Riedel, 1838 fg.
Urkundenbuch zur Berliner Chronik v. Voigt, 1869.
Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Rechte IV Urkundb., 1865.
Mecklenburgisches Urkundenbuch, 1843 fg.
Urkundenbuch der Stadt Braunschweig, 1862 fg.
Urkundenbuch zur Geschichte der Herzöge von Braunschweig und Lüneburg und ihrer Lande v. Sudendorf, 1859 fg.
Geschichtsquellen der Provinz Sachsen (Urkundenbuch des Klosters Drübeck, Stötterlingenburg, der Stadt Quedlinburg), 1873 fg.
Codex diplomaticus Silesiae v. Wattenbach u. A., 1857 fg.
Urkundenbuch der Stadt Liegnitz, 1866.
Breslauer Urkundenbuch, 1870.
Monumenta Zollerana, 1852 fg.
Monumenta Boica, 1763 fg.

Urkundenbuch der Stadt Augsburg, 1878.
Ulmisches Urkundenbuch, 1873.
Urkunden zur hessischen Landesgeschichte v. Baur, 1846 fg.
Hessisches Urkundenbuch von Wyß, 1879.
Urkundenbuch der Reichsstadt Frankfurt von Böhmer, 1836.
Wirtembergisches Urkundenbuch, 1849 fg.
Fürstenbergisches Urkundenbuch v. Riezler, 1877.
Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins.
Urkundenbuch der Abtei St. Gallen v. Wartmann, 1863.
Urkundenbuch der Stadt Aarau, 1880.
Codex diplomaticus ad historiam Räticam v. Moor, 1848 fg.
Zeitschrift für schweizerisches Recht.
Urkundenbuch des Landes ob der Enns, 1852 fg.
Melly, Vaterländische Urkunden, 1846.
Urkundenbuch des Herzogthums Steiermark v. Zahn, 1875.
Fontes rerum Austriacarum, 1855 fg.
Hazai okmánitár oder Codex diplomaticus patrius (Hungar.) v. Nagy u. A., 1856 fg.
Oorkondenboek van Holland en Zeeland v. C. v. d. Bergh, 1861 fg.

IV.

Alphabetisches Register.

Corrigendum:

S. 81 No. 2 Z. 4 von oben ist nach „in“ einzuschalten: „Südfrankreich und“.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle)
in Jena.





